

PREMIOBRUNET 2019

A LA MEJOR TESIS DOCTORAL A LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

XII PREMIO DE ESTUDIOS IBEROAMERICANOS

LA RÁBIDA 2019

A LA MEJOR TESIS DOCTORAL EN LA CATEGORÍA DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador

Lucía Serrano Sánchez

upna

Universidad Pública de Navarra
Nafarroako Unibertsitate Publikoa



GRUPO DE UNIVERSIDADES
IBEROAMERICANAS
LA RÁBIDA

Vulneraciones y acceso a los sistemas de
protección de los derechos de la niñez
y adolescencia inmigrante no acompañada
en España y El Salvador

Vulneraciones y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador

Lucía Serrano Sánchez

upna
Universidad Pública de Navarra
Nafarroako Unibertsitate Publikoa

FUNDACION
JAIME
BRUNET
PRO DERECHOS HUMANOS
UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA
UNIBERSITATE PUBLIKOA
GIZA ESKUBIDEIN ALDEKO
FUNDATZIOA


GRUPO DE UNIVERSIDADES
IBEROAMERICANAS
LA RABIDA

Título: Vulneraciones y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador

Autora: Lucía Serrano Sánchez

Edita: Universidad Pública de Navarra / Nafarroako Unibertsitate Publikoa
1ª ed.: marzo 2021

Diseño de cubierta: Sonia Beroiz (Kö Comunicación Gráfica)
Fotocomposición: Pretexto

ISBN: 978-84-9769-368-4

ISBN: 978-84-9769-369-1

DOI: <https://doi.org/10.48035/978-84-9769-368-4>

© Autora

© Universidad Pública de Navarra / Nafarroako Unibertsitate Publikoa



Este es un libro distribuido en acceso abierto bajo licencia CC BY-CN-ND 4.0, que permite cualquier uso no comercial, distribución, y reproducción en cualquier medio, siempre que se acredite el autor(s) original y la fuente. Para más información, consultar el texto completo de la licencia: <https://creativecommons.org/about/cclicenses/>

Coordinación Sección de Comunicación (Publicaciones)
Universidad Pública de Navarra
Campus de Arrosadia
31006 Pamplona
publicaciones@unavarra.es



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0

A mis padres, Jesús y Benita, quienes, a pesar de contar solamente con estudios primarios y de todas las adversidades padecidas, supieron criarme y educarme de la mejor manera posible en el seno de una familia numerosa. Parafraseando al poeta y dramaturgo británico John Gay, «sin lugar a duda, es importante desarrollar la mente de los hijos. No obstante, el regalo más valioso que se les puede dar es desarrollarles la conciencia». Gracias por alimentarme desde mi tierna infancia de valores y principios.

A mis dos hadas madrinas intelectuales, Ana y Mercedes, por ser, durante estos últimos años, mi vigía y luz en el tenebroso sendero académico culminado con la presente tesis doctoral.

La Fundación Jaime Brunet, residente en la Universidad Pública de Navarra, fue creada por expreso deseo de Jaime Brunet Romero con el objetivo de fomentar el respeto a la dignidad humana, las libertades fundamentales y los derechos humanos, así como la erradicación de situaciones y tratos inhumanos y degradantes.

Jaime Brunet Romero nació en Bayona (Francia) el 20 de julio de 1926 y falleció el 4 de enero de 1992 en San Sebastián (Gipuzkoa). Nacido en el seno de una familia de emprendedores catalanes que se había asentado en el siglo XVIII en Gipuzkoa (donde desarrollaron una importante actividad industrial), fue educado con un talante liberal y crítico con la época que le tocó vivir. Fue encaminado a la carrera de Derecho por su padre, Jaime Brunet Goitia, jefe local del partido republicano que llegó a ser teniente de alcalde del Ayuntamiento de San Sebastián, donde ya habían ocupado la alcaldía su abuelo y bisabuelo.

Su afición destacada por la lectura se acompañó por el interés de aprender idiomas, con los que pudo desenvolverse con facilidad en sus numerosos viajes, que le llevaron, a pesar de las dificultades de su tiempo, a recorrer más de treinta países. En estos viajes, según confesaba, captó y comprendió cuánta discriminación y violencia, cuánto abuso de los poderosos sobre los débiles existen aún en nuestro siglo, y con qué facilidad se conculcan diariamente los derechos más elementales de la persona humana. En los últimos años de su vida su sensibilidad por la situación de los derechos humanos y la defensa de la libertad del ciudadano, también ante los abusos de la administración pública, se convirtieron en su constante preocupación.

Al no tener descendencia directa, y movido por sus sentimientos que le rebelaban contra las actuaciones injustas, decide legar su fortuna para crear, a su fallecimiento, la fundación que, con su nombre, se dedique premiar a quienes por su trabajo en defensa de los derechos humanos se hicieran merecedores de

este reconocimiento. De este modo, se crea la Fundación Jaime Brunet Romero, con residencia en la Universidad Pública de Navarra, según su voluntad testamentaria.

La actividad fundamental de la fundación, desde 1998, ha sido la convocatoria del Premio homónimo para distinguir la trayectoria u obra de personas o instituciones que se hayan destacado por la defensa de los derechos humanos. El premio, con una importante dotación económica, ha sido concedido hasta el momento en 21 ocasiones a personas e instituciones de gran prestigio internacional, lo que a su vez ha consolidado el renombre del premio.

Dada la importante relación entre la Fundación y la Universidad Pública de Navarra, parecía oportuno ligar mejor la conexión entre los objetivos fundacionales y la propia actividad académica universitaria, fundamentalmente la investigadora, y dentro de esta la de jóvenes investigadores en formación. En ese sentido, el Patronato de la Fundación aprobó la creación de un premio que reconociera trabajos de tesis doctoral cuyo contenido tenga una relación directa con los derechos humanos y su defensa y promoción.

Aparte del reconocimiento y de la dotación económica, el premio conlleva la publicación de la tesis doctoral. El ejemplar que tiene en sus manos corresponde al trabajo premiado en la convocatoria de 2019, es el cuarto de una colección que, lógicamente, se construirá en torno al tema de los derechos humanos.

En esta ocasión, el libro está publicado conjuntamente con la Universidad Internacional de Andalucía, ya que la premiada, doña Lucía Serrano Sánchez, también obtuvo el XII Premio de Estudios Iberoamericanos La Rábida, a la Mejor Tesis Doctoral, en la Categoría de Ciencias Sociales y Jurídicas (2019), otorgado por el Grupo de Universidades Iberoamericanas La Rábida.

Desde la Fundación Brunet estamos convencidos de que esta iniciativa contribuirá muy positivamente a los fines fundacionales, a la par que permitirá incentivar la carrera de muchos jóvenes investigadores.

Ramón Gonzalo García
Presidente de la Fundación Jaime Brunet
Rector de la Universidad Pública de Navarra

ÍNDICE

SIGLAS	17
PRÓLOGO	21
INTRODUCCIÓN	23
METODOLOGÍA DE TRABAJO	29

Capítulo 1

LAS ESTRUCTURAS TRADICIONALES DE PODER Y LA NIÑEZ INMIGRANTE NO ACOMPAÑADA. ESTADO, SOCIEDAD Y FAMILIA	45
1. LA NARRATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MENORES EN EL MODELO CONSTITUCIONAL Y EN EL ESTADO MODERNO	45
1.1. Las paradojas que encierra el paradigma del igualitarismo humano: con especial referencia a los menores	46
1.2. La positivización de los derechos de los menores y el modelo constitucional moderno	49
1.3. Un discurso monocultural sobre los derechos humanos de la niñez y adolescencia	53
1.4. El falso individualismo del sujeto de derechos y la exclusión de las y los menores en el marco del Estado-Nación	56
1.5. Las falacias del discurso de los derechos humanos y su impacto en los MENA	65
2. EL SISTEMA DE GOBERNANZA DE LOS DERECHOS HUMANOS: CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS MENORES MIGRANTES	68
2.1. Desmitificación y protección de la niñez inmigrante no acompañada en el nuevo orden social y económico del Estado	68
2.2. La pérdida de soberanía estatal en el discurso de los derechos humanos de la niñez	80
2.3. El nacimiento de una ciudadanía juvenil no excluyente de los y las jóvenes inmigrantes	91

Capítulo 2

EL DESARROLLO NORMATIVO Y CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MENA EN ESPAÑA Y EN EL SALVADOR ...	103
1. LA NIÑEZ MIGRANTE: UNO DE LOS PRINCIPALES GRUPOS DISCRIMINADOS Y VULNERABLES	104
1.1. Una niñez migrante diversa y compleja	104
1.2. Los estatutos jurídicos de los MENA: una discriminación legalizada y practicada	110
2. LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA «NIÑEZ MIGRANTE» EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL	116
2.1. La falacia de la protección de la infancia moderna: del individualismo super- visado al yugo adultocentrista	117
2.2. La aparición de estatutos específicos para la niñez y la instauración de un sistema internacional de protección para la niñez diversa	128
2.3. La «niñez inmigrante no acompañada», y su otro yo, la «niñez inmigrante privada de su entorno familiar»	135
2.3.1. Definición internacional de «no acompañado» y «separado»	135
2.3.2. El colectivo heterogéneo de los no acompañados y sus vulnerabili- dades específicas	138
2.3.3. Modelo transversal de persona migrante en las múltiples categorías jurídicas de niñez inmigrante no acompañada	143
a) Niñez solicitante de asilo y niñez refugiada	144
b) Niñez víctima de trata	146
c) Niñez impedida	149
d) Niñez reclutada	151
e) Niñez en situación de calle	152
2.3.4. Responsabilidad internacional de los Estados para con la niñez inmi- grante no acompañada	154
3. LOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y JURÍDICOS ESENCIALES DE LA NIÑEZ INMIGRANTE PRIVADA DE SU ENTORNO FAMILIAR EN EUROPA Y LATINOAMÉRICA	158
3.1. Falta de armonización conceptual en materia de niñez y adolescencia: con especial referencia al inmigrante privado de su ambiente familiar y al inmi- grante económico	159
3.1.1. Cultura jurídica subyacente y variación terminológica	160
3.1.2. Ciudadanía económica y protección de los adolescentes trabajadores	163
3.1.3. Similitudes y diferencias entre los sistemas interamericano y europeo del Consejo de Europa	168
3.1.4. Bifurcación conceptual y jurídica en los dos sistemas europeos	172
3.2. (Des)protección categórica y jurídica de los menores no acompañados nacionales de terceros países, y de su otro yo, los menores extranjeros privados de cuidados parentales	179

3.2.1. El doble paradigma sobre la niñez migrante asistenciable: ¿irregular o vulnerable?	180
3.2.2. (Des)configuración conceptual y jurídica del sistema regional de protección de menores	183
3.2.3. Medidas de protección y garantías procesales clave en el proceso migratorio del menor no acompañado	199
a) Obligaciones de los Estados y de su guardia de fronteras en la ejecución del control fronterizo	199
b) Prohibición de detención e internamiento	202
c) Prohibición de pruebas de determinación de edad inexactas, invasivas y traumáticas	206
d) Tutela, representación y representación legal	207
e) Reagrupación familiar en un Estado miembro	213
f) Alojamiento con familia sustituta	220
4. SOMBRAS Y LUCES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MENA EN ESPAÑA: UNA MIRADA REVELADORA DESDE EL SALVADOR	221
4.1. Categorías conceptuales y jurídicas de menores extranjeros no acompañados	222
4.2. Fallas del sistema estatal de protección de menores en la llegada del menor migrante no acompañado	228
4.2.1. Fallos en la detección de las situaciones de vulnerabilidad del menor en frontera	228
a) Ausencia de Protocolo de intervención primaria de las autoridades estatales en frontera	229
b) Inexistencia de directrices sobre cómo las autoridades migratorias deben aplicar de manera complementaria la legislación de extranjería y asilo	236
4.2.2. Problemática alrededor de la determinación de la edad del menor no acompañado indocumentado	240
a) Inexistencia de presunción de minoría de edad y representación legal	240
b) Falta de tutor/representante	249
c) Ausencia de un procedimiento de apelación	255
4.3. Retorno ineficaz y protección parcial de los MENA	257
4.3.1. Retorno del menor no acompañado: ¿Protección o control del flujo migratorio de niñez migrante?	258
4.3.2. Protección parcial del menor no acompañado	263
a) Reintegración o reagrupación familiar	264
b) Guarda provisional y modalidades de acogimiento	268
c) Declaración de desamparo y tutela automática	272
d) Guardador de hecho con funciones tutelares	276
e) Cese de la tutela o guarda administrativa	283

4.3.3. (Des)conexión entre protección de menores y extranjería: con especial atención a la residencia del menor no acompañado	286
---	-----

Capítulo 3

DEFINICIÓN Y MEDICIÓN DEL GRADO DE VULNERABILIDAD DEL COLECTIVO MENA: UNA GUÍA LEGAL DESDE EL MARCO SUPRA-NACIONAL	299
---	------------

1. DELIMITACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL REGIONAL DE LA NOCIÓN DE VULNERABILIDAD Y GRUPO VULNERABLE: CON ESPECIAL ALUSIÓN A LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS	300
1.1. Definición doctrinal	301
1.2. Interpretación jurisprudencial europea e interamericana	304
1.2.1. Concepto de vulnerabilidad y grupo vulnerable europeo	305
a) Condición de niño	306
b) Condición de demandante de asilo	307
c) Situación de detención, sujeción o privación de libertad	311
d) Pobreza y situación de dependencia	314
1.2.2. Concepto de vulnerabilidad y grupo vulnerable interamericano	316
a) Condición de niño	316
b) Pobreza	317
c) Nacionalidad, apatridia y situación migratoria irregular	319
d) Pertenencia a una comunidad indígena	320
e) Demandante de asilo y situación de sujeción	321
2. VULNERABILIDAD/ES DE LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS Y PRINCIPIOS INFORMADORES DE LAS ACTUACIONES ESTATALES	323
2.1. Medición del grado de vulnerabilidad	323
a) Minoría de edad, adolescencia y tránsito a la adultez	324
b) Condición de menor privado de su medio familiar	326
c) Condición de migrante y no nacional	327
d) Condición de solicitante de asilo, refugiado, desplazado por causas meteorológicas	330
e) Condición de víctima de trata	331
f) Condición de indocumentado e inmigrante en situación irregular	332
g) Condición de discapacitado	333
h) VIH/SIDA	335
i) Sexo, género, identidad de género, orientación sexual	335
j) Pertenencia a un colectivo aborigen	337
k) Pobreza y situación de calle	338
2.2. Principios rectores de la política y normativa estatal que concierne a menores migrantes no acompañados	340

a) Principio de no discriminación e igualdad	341
b) Principio de interés superior del menor	343
c) Derecho a ser escuchado, a expresar su opinión y a la participación	349
d) Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo	350
e) Principio de no devolución, no detención y prohibición de la expulsión colectiva	351
f) Principio de <i>lex specialis</i> y complementariedad	352

Conclusiones

UNA PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i> PARA DIGNIFICAR EL PROCESO MIGRATORIO DE LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA Y EL SALVADOR	355
---	-----

I. MEDIDAS LEGISLATIVAS ESTRUCTURALES	357
II. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN FRONTERA	357
III. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE CARÁCTER TEMPORAL	359
IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN PERMANENTES	361

BIBLIOGRAFÍA	363
--------------------	-----

INFORMES Y OTROS DOCUMENTOS	393
-----------------------------------	-----

NORMAS	398
--------------	-----

JURISPRUDENCIA	405
----------------------	-----

ANEXO	409
-------------	-----

Tabla 1. CLASIFICACIÓN DE MENORES NO ACOMPAÑADOS Y SU CATÁLOGO DE DERECHOS, LIBERTADES Y GARANTÍAS EN LAS DIRECTIVAS	410
--	-----

Tabla 2. LOS MENA EN LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE MENORES AUTONÓMICA ...	418
---	-----

SIGLAS

Acnur	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AGNU	Asamblea General de Naciones Unidas
CAIM	Centro de Atención al Inmigrante
CdE	Consejo de Europa
Cear	Comisión Española de Ayuda al Refugiado
Cepal	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
CODER	Comisión para la Determinación de la condición de Personas Refugiada
CONNA	Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia
DGME	Dirección General de Migración y Extranjería
DIGESTYC	Dirección General de Estadística y Censos
Easo	European Support Office (Oficina Europea de Apoyo al Asilo)
Ecre	European Council on Refugees and Exiles
EE. UU.	Estados Unidos de América del Norte
Eurostat	Oficina Europea de Estadística
Fepa	Federación de entidades con proyectos y pisos asistidos
Fra	European Union agency for fundamental rights
INSAMI	Instituto Salvadoreño del Migrante
ISNA	Instituto Salvadoreño de Niños y Adolescentes
MENA	Menores extranjeros no acompañados
NNA	Niños, niñas y adolescentes
OEA	Organización de Estados Americanos
OIM	Organización Internacional de Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de Naciones Unidas
PDDH	Procuraduría de derechos humanos
SICA	Sistema de Integración Centroamericana
UE	Unión Europea
Unicef	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
Uscis	Servicio de ciudadanía e inmigración de los EE. UU.

Legislación

BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOPC	Boletín Oficial del Parlamento Canario
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969
Cciv	Código Civil español
CDFUE	Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000
CDN	Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989
CE	Constitución española de 1978
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979
CEDH	Convención de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y Protocolos Adicionales
Código de Fronteras	Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras
CS	Constitución de la República de El Salvador de 1983
CSE	Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961
CSER	Carta Social Europea Revisada de 3 de mayo de 1996
DF	Disposición Final
DL	Decreto Ley
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOF	Diario Oficial Federal
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
PIDCP	Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966
Protocolo MENA	Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados.

Protocolo NNA	Protocolo de actuación y articulación para la atención y protección de niñas, niños, y adolescentes migrantes extranjeros, de 14 de febrero de 2018
RGEFC	Reglamento 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia europea de fronteras y costas
RLOEx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009

Jurisprudencia

AAP	Auto Audiencia Provincial
CIDH	Corte interamericana de derechos humanos
OC	Opinión Consultiva
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

PRÓLOGO

Es para mí un auténtico honor prologar la publicación de este trabajo de investigación, reconocido con el XII Premio de Estudios Iberoamericanos La Rábida en el área de ciencias sociales y jurídicas en su edición de 2019, año en el que comienza mi mandato como rector de la Universidad Internacional de Andalucía y, por ende, como presidente del Grupo de Universidades Iberoamericanas de La Rábida, organización promotora de dicho galardón.

Desde el nuevo equipo directivo de esta organización, hemos redoblado los esfuerzos para seguir fortaleciendo las bases de la cooperación académica, científico-tecnológica y cultural entre las universidades de nuestro ámbito territorial.

El trabajo en red de 80 instituciones de 17 países diferentes en el ámbito iberoamericano es, sin duda, clave de nuestra fortaleza. Y en este sentido, la convocatoria de este premio de estudios iberoamericanos, con el que se pretende reconocer la excelencia de profesores y alumnos de postgrado pertenecientes a las universidades miembro de Grupo La Rábida, se ha convertido ya en todo un referente de nuestro catálogo común de proyectos estratégicos.

La concurrencia en esta decimosegunda edición del galardón ha sido muy elevada, tanto en calidad como en cantidad. Se recibieron 23 solicitudes de 13 universidades y 7 países diferentes, de entre los cuales se fallaron las diferentes categorías del Premio.

«Vulneraciones y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador» es el título del Premio a la Mejor Tesis Doctoral en la categoría de ciencias sociales y jurídicas, defendida por su autora, la jurista Lucía Serrano Sánchez, en la Universidad de Granada.

En su investigación, Lucía Serrano aborda el drama humanitario de la niñez migrante no acompañada desde el contexto español y el salvadoreño, analizando dos realidades sociales distintas. A través del estudio crítico del De-

recho comparado, la finalidad principal de su tesis ha sido plantear, en forma de propuesta de ley, garantías procesales y medidas de protección específicas que acaben con cada una de las vulnerabilidades que les han sido creadas a estos menores.

Sin duda, una investigación de alto impacto académico, que viene a refrendar la concesión a posteriori al mismo trabajo del Premio Jaime Brunet Tesis Doctorales, un reputado galardón promovido por la Fundación Jaime Brunet, de la Universidad Pública de Navarra, que busca destacar los mejores trabajos de investigación en el ámbito de los derechos humanos.

Coincidir en el reconocimiento de este trabajo de la investigadora Lucía Serrano por parte de los sellos Premio de Estudios Iberoamericanos La Rábida y Premio Jaime Brunet Tesis Doctorales refrenda, sin duda, el acierto de ambas instituciones en sus evaluaciones académicas y respalda de forma incuestionable la calidad científica de esta tesis.

En mi doble condición de presidente del Grupo de Universidades Iberoamericanas La Rábida y rector de la Universidad Internacional de Andalucía, me enorgullece especialmente el hecho de que este trabajo se centre en el ámbito de los derechos humanos, una absoluta prioridad para nuestra universidad que, a través de nuestra Cátedra UNESCO de Interculturalidad y Derechos Humanos, busca profundizar en todas aquellas cuestiones de la agenda internacional, nacional o local, que condicionan o guardan relación estrecha con la implementación de políticas de convivencia en nuestras sociedades.

El trabajo de investigación que se edita ahora en esta publicación supone una valiosa aportación en este campo, con una vertiente de ciencia aplicada de máximo interés para las políticas públicas de los gobiernos objetos de su tesis. Contribuir a la visibilidad de este trabajo, a través del reconocimiento de nuestro Premio de Estudios Iberoamericanos La Rábida es el mejor acicate para seguir en la búsqueda de las mejores investigaciones desde esta organización.

Nuestra más sincera felicitación a la linarense Lucía Serrano Sánchez, doctora con mención internacional y *cum laude* por la Universidad de Granada en el programa de doctorado en Ciencias Jurídicas por este excelente trabajo.

José Ignacio García
Rector Universidad Internacional de Andalucía
Presidente Grupo de Universidades
Iberoamericanas La Rábida

INTRODUCCIÓN*

La prensa española se hacía eco en el mes de febrero de 2018 del nuevo rostro del fenómeno migratorio: los menores, y, en especial, los menores no acompañados, por la responsabilidad que en su cuidado y desarrollo asumen los Estados de acogida. Según cifras de la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2017, en 2016, casi 600 niñas y niños extranjeros llegaron a España en patera (hacemos esta matización porque la patera representa una ínfima parte de la migración real), sin acompañamiento de un adulto, tal y como fija el estudio realizado por Laura Delle Femmine, David Alameda y Javier Galán. Esta cifra es la más elevada desde 2008, cuando todavía había coletazos de la crisis de los cayucos que llevó a miles de migrantes procedentes de África a desembarcar en las islas Canarias. Los datos proporcionados por la unidad de emergencia de la Cruz Roja destacan que hubo un repunte en 2017. En 2016 casi 4000 menores, acompañados y no acompañados, desembarcaron en las costas españolas.

Los menores no acompañados tutelados por el Estado en 2016 ascienden a 4000, la cifra más alta desde 2012; la mayoría de ellos estaban en acogida en Andalucía y Melilla. Alicia Núñez, jefa de servicio de protección de menores de la Junta de Andalucía, avanza que en 2017 la Comunidad atendió a más

* Profesora titular de las asignaturas Derecho internacional público y privado, y Organizaciones regionales e internacionales, en Facultad de Derecho, Universidad Tecnológica de El Salvador (UTEC), El Salvador. Código ORCID: 0000-0001-5596-5465. Este trabajo se inserta dentro del Proyecto I+D «Movilidad internacional de personas: El impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante» (DER2016-75573-R DER2016-78139-R), Universidad de Granada; en el Proyecto «Polítiques d'atenció a la infància migrant: del conflicte obert a l'atenció integral i l'accés a la justícia» (2018 IEA5 00003), Universitat de Barcelona; Proyecto I +D +i «Herramientas de Derecho Internacional Privado para la protección de los niños y niñas, adolescentes y jóvenes en situaciones transfronterizas: identificación de problemas y propuesta de solución desde la perspectiva de género» (Programa Operativo FEDER-Andalucía 2014-2020: SEJ-101-UGR18). Y Proyecto «Mujeres y Menores víctimas de violencia de género. Un análisis Multidisciplinar», Programa Plan propio de Investigación y Transferencia, Universidad de Granada.

de 4000 menores en sus centros, afirmando que: «Andalucía tiene una carga asistencial tremenda, porque es puerta de entrada» a otros países europeos. La mayoría de los menores extranjeros que entran a España de manera clandestina son varones magrebíes, principalmente originarios de Marruecos.

En el año 2017 se registró un alza en el número de jóvenes subsaharianos que llegaron a las costas andaluzas en patera tras cruzar el Estrecho. Las y los jóvenes que llegan son sometidos de manera clandestina a pruebas médicas por parte de la Administración para determinar si tienen más o menos de 18 años. Los médicos forenses son los encargados de realizar estos exámenes y de elaborar el informe que la Fiscalía utiliza para decretar si se trata de menores o adultos. La diferencia es sustancial: los adultos se enfrentan a una posible expulsión; y los menores serán tutelados por el Estado.

En 2016, la Fiscalía llegó a la conclusión de que en más de la mitad de los casos analizados se trataba de menores de edad, aunque las decisiones varían de manera significativa en función del lugar donde se realizan las pruebas, tal y como señala la última memoria publicada por este organismo. Más de un tercio de los 100 000 menores migrantes que entraron a Europa en 2016 no venían acompañados por un adulto, según los datos facilitados por Unicef, Acnur (la Agencia de la ONU para los Refugiados) y la Organización Internacional de las Migraciones (OIM). La mayoría de ellos procedían de Eritrea, Gambia, Nigeria, Afganistán y Egipto. Sirva como ejemplo decir que más del 90 % de los menores extranjeros que llegaron a Italia en 2016, casi 26 000 niños y niñas, no iban acompañados por un adulto. Esta ratio se invierte por completo en el caso de Grecia: el 92 % de los niños y las niñas que entraron en el país helénico, en su mayoría procedentes de Siria, Afganistán e Irak, lo hicieron acompañados por un adulto. La mayoría de las y los menores solos que emigraron a Italia, Grecia y Bulgaria en 2016 tenían entre 15 y 17 años. En Bulgaria, por ejemplo, el 41 % de los niños que llegaron al país junto a una persona mayor de edad tenían menos de 4 años, y un 33 % entre 5 y 14. En Grecia las cifras son parecidas: más de la mitad tenía entre 5 y 14 y un 30 % entre 0 y 4.

España ha batido récord de solicitudes de asilo en los últimos años. Entre enero y octubre de 2017 acumuló casi 26 000 peticiones, según Eurostat, ha sido la cifra más alta jamás registrada. En 2016 rozaron las 16 000 solicitudes. Sin embargo, las demandas presentadas por menores extranjeros no acompañados fueron ínfimas: 30 solicitudes, frente a las 35 935 de Alemania o las 6020 de Italia, de acuerdo con los datos que nos ofrece la oficina estadística comunitaria. También el número de menores extranjeros llegados solos a Europa y

reubicados desde Italia y Grecia es muy exiguo. Los niños y las niñas que han sido trasladados a otro país en función del mecanismo puesto en marcha por la Unión Europea –con el objetivo de aliviar a estos dos países, que son los que más migrantes acogieron desde que empezaron a llegar personas refugiadas sirias en 2015– son en su gran mayoría menores acompañados por adultos. De los 3259 reubicados en 2016, solo el 5% entró al Viejo Continente sin un mayor de edad¹.

Mostrar estos datos tiene como objetivo hacer evidentes los cambios experimentados en el fenómeno migratorio, así como la necesidad de afrontar esta realidad y drama humano, no sólo desde el desarrollo de determinadas políticas sociales, sino también desde la revisión crítica del discurso de los derechos humanos y su positivización. Un discurso que muestra frente a estos sujetos y el fenómeno migratorio su lado más oscuro. Todo lo expuesto explica por qué en este trabajo de investigación debe analizarse el discurso jurídico a nivel internacional y nacional en materia de derechos humanos desde sus orígenes, el desarrollo constitucional de los mismos y las categorías personales básicas desde las que se asienta.

La introducción del análisis del derecho comparado en el objeto de investigación de la presente tesis no hubiera sido posible sin la experiencia de haber realizado dos estancias doctorales en El Salvador (de 9 y 3 meses, respectivamente). Mi primera estancia, además de acercarme a una realidad distintiva a nivel institucional, político y jurídico, me hizo tomar contacto con los problemas específicos que encontraban los menores inmigrantes. En concreto, en mi viaje, vía terrestre, desde El Salvador a Nicaragua, una zona difícil de frontera, en la que pude percibir de cerca las consecuencias que tiene sobre los menores el desamparo y la extrema pobreza, así como la dura vida de los niños y las niñas de la calle.

A mi vuelta, consideramos que debíamos aprovechar la estancia en El Salvador, para mostrar los límites del discurso de los derechos humanos desde el punto de vista de la inmigración y el derecho de extranjería, y, además, hacer el esfuerzo de un estudio de derecho comparado.

La amplitud y la multidisciplinariedad que exigía un correcto abordaje de las problemáticas encontradas nos obligó a ajustar el objeto de la investigación,

¹ Los datos recogidos se encuentran citados en el artículo «El mapa de los menores migrantes en España y Europa», *El País*, de 5 febrero de 2018, https://elpais.com/internacional/2018/02/01/actualidad/1517498139_350606.html.

optando por centrarlo en los menores inmigrantes, y más tarde, en los MENA. Una elección, muy reflexionada, que se basó en los siguientes hechos:

- a) Si se mostraba al colectivo subordiscriminado más afectado por las cegueras cognitivas y los silencios del discurso de los derechos humanos, era posible hacer evidente otras causas de discriminación: el género, la etnia, la cultura, la nacionalidad, etc., las cuales interseccionaban en el grupo de los menores, dando lugar a necesidades específicas, que cualquier sistema de protección debía tratar.
- b) Centrarnos en los menores migrantes, respondía a la necesidad de mostrar las violencias sistémicas existentes contra este grupo social y establecer las conexiones entre la subordiscriminación que padecía y las situaciones de vulnerabilidad que confluían en el proceso migratorio que vivían.
- c) Concretar todavía más en los MENA fue fruto de la presión de la realidad. Las organizaciones encargadas de la protección y cuidado de los menores inmigrantes lanzaban la voz de alarma del creciente número de menores no acompañados que estaban llegando a Europa, y, lo más grave, el número creciente de estos menores que desaparecían al no contar con la protección de las tradicionales redes de cuidado, la familia, la sociedad y el Estado.

Mostrar los problemas migratorios, en concreto respecto a los menores migrantes y en último término respecto a los menores no acompañados, desde el contexto español y salvadoreño, ofrecía la oportunidad de analizar dos realidades sociales distintas respecto al nivel de protección y garantía de los derechos humanos, dos textos geográficos fuertemente marcados por la migración y dos regulaciones distintas del fenómeno migratorio. Las diferencias entre uno y otro país, a pesar de la influencia en ambos de la internacionalización de los derechos humanos y del impacto de la globalización económica, cultural y social, permite comprobar cuáles son los efectos de la juridificación de los derechos de las y los menores, y de menores migrantes, sin un adecuado marco político y social que los proteja; y, de otro lado, cuáles son los efectos negativos de la falta de reconocimiento de esta realidad humana y social, y de la ausencia de normas y de compromiso político.

El análisis de derecho comparado nos ha brindado la ocasión de poner en duda lo que otros consideran verdades indiscutibles sobre los menores migrantes y, en especial, los MENA. Uno de los principales obstáculos que hemos encontrado en el desarrollo de este trabajo ha sido la ausencia de pen-

samiento crítico respecto al no reconocimiento de menores y jóvenes en el discurso de los derechos humanos. La mayor parte de las críticas al discurso de los derechos humanos y a la positivización de estos a nivel constitucional se han centrado en la falta de universalidad de los derechos humanos, pero sin reconocer la diversidad de sujetos, que coexisten bajo dicha denominación. Las y los menores, y más aún la infancia y juventud migrante, han sido obviados por el discurso jurídico y político hegemónico, ignorando con ello los cambios y la diversidad que hoy encierra la migración y la pluralidad de necesidades e intereses de los sujetos afectados. Pero también la ausencia de una normativa a nivel internacional y nacional que afronte con rigor y eficacia la problemática de los menores migrantes y en especial de los menores no acompañados. Sólo muy recientemente, y ante la gravedad de la situación, encontramos documentos jurídico-políticos que se hacen eco de este drama, y que tratan de poner sobre la mesa del debate político la necesidad de que la comunidad internacional y los Estados aborden este grave problema con contundencia.

Si erramos en la solución de este grave problema humano, no sólo se debilitará más aún la legitimidad del discurso de los derechos humanos, como base ética del poder político y jurídico, también se verán afectados los derechos individuales de todos, nacionales e inmigrantes, adultos y menores, a nivel constitucional, al disolverse el valor y sentido de los derechos humanos. Y el estatus de ciudadanía quedará limitado a su contenido administrativo, perdiendo su dimensión fundamental de vía de acceso a los derechos y vínculo de pertenencia a la comunidad en la que se vive.

Las viejas narrativas decimonónicas respecto a los derechos humanos necesitan hoy ser revisadas y ampliadas, para dar entrada en ellas a la diversidad cultural, geográfica y humana en materia de derechos humanos, con una especial atención a la infancia y juventud migrante. Un cambio que ha de servir de base ética y política a las transformaciones legislativas que los Estados, España y El Salvador, han de abordar sobre la materia objeto de nuestra investigación. Por esta razón, al análisis sobre el discurso de los derechos humanos, desarrollo constitucional y crisis del estatuto de ciudadano y modelo de Estado, era necesario añadir el estudio de la legislación ordinaria en materia de menores migrantes y menores no acompañados. La finalidad primordial es ofrecer una propuesta de *lege ferenda* que ayude a la correcta regulación y control de la migración de menores, y paliar el grado de violencia estructural e institucional que sufren los menores no acompañados.

Los menores y adolescentes migrantes no acompañados no solo son ignorados por el discurso de los derechos humanos del Estado receptor, sino también por la política y legislación estatal migratoria (extranjería, asilo, víctimas de trata). El modelo transversal de persona migrante sitúa al menor en un estatus inferior y secundario. La integración social o adaptación a la sociedad de acogida del menor se hace muy difícil cuando se ha introducido un concepto restrictivo de las capacidades y potencialidades que poseen niñas, niños y adolescentes inmigrantes, o cuando se aplica una política de asimilación cultural y se les presiona para que abandonen las prácticas y valores que forman parte de su identidad y que no coinciden con las de la infancia dominante en el lugar de destino (una infancia dependiente, sin agencia).

Entendíamos que era preciso diseñar medidas de protección y garantías específicas e individuales para cada tipología de MENA, para conseguir reducir a mínimos la desprotección y violencia que padecen. España, en esta línea, estaba considerando a todos los MENA como menores en situación de desamparo. No obstante, en la legislación interna no se aplicaba el principio de igualdad de trato entre menores nacionales y extranjeros en situación de desamparo. Es más, en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, de 15 de enero (LOPJM), no se mencionó a los menores extranjeros, debiendo esperar a 2015, cuando se modificó la mencionada norma, para encontrar una alusión expresa a los MENA. Además, considerábamos esencial denunciar que en la regulación de estos menores y adolescentes prevalece la legislación de extranjería sobre la de protección de menores. España debía corregir su legislación para evitar que la misma entrara en conflicto con el marco jurídico europeo, donde se desarrollan medidas de protección específicas y garantías procesales para los menores no acompañados como son, por ejemplo, el tutor, representante legal y abogado desde su llegada al país de acogida.

En El Salvador, aunque en la LEPINA sí existía una extensión de la protección a todos los menores que se encontraran en su territorio con independencia de su nacionalidad, no había una mención expresa a los «no acompañados». Se estaba regulando la igualdad de trato entre menores nacionales y menores extranjeros, pero no se estaban creando las garantías procesales y las medidas de protección específicas para los MENA. Un vacío que entendíamos ponía en riesgo a los menores extranjeros, pues muchos de ellos terminaban siendo víctimas de trata en su versión de explotación laboral o sexual.

METODOLOGÍA DE TRABAJO

La metodología de investigación utilizada en este trabajo es de naturaleza mixta y multi método al incorporar tanto un enfoque cualitativo como cuantitativo. Hemos utilizado esta metodología porque consideramos, junto a un amplio sector de la doctrina, que cruzando ambos modelos de investigación se aumenta la posibilidad de producir nuevos conocimientos, formular nuevas teorías y zanjar problemas sociales y jurídicos (Ackerman, 2013: 43 y 44).

En cuanto a los métodos utilizados debemos señalar que el principal ha sido el método comparado del derecho teniendo como referencia, exclusivamente, dos legislaciones estatales: la española y la salvadoreña (Somma, 2015). Asimismo, nos hemos servido de las siguientes técnicas de investigación: el método analítico-deductivo; método de investigación bibliográfica, documental y jurisprudencial; análisis crítico del discurso; trabajo de campo consistente en la realización de entrevistas a autoridades competentes y a personas expertas en niñez y adolescencia y extranjería. Entrevistas que nos han servido de guía a la hora de solicitar información precisa a los organismos públicos estatales, con la intención de corroborar la información obtenida en las mismas (Sánchez Beato, 2006).

OBJETIVOS

Los nueve objetivos que alcanzar en esta investigación son los siguientes:

- demostrar que los sistemas de protección en materia de derechos humanos en los Estados están diseñados para adultos y nacionales, ocupando los menores una posición secundaria y no relevante en el desarrollo de los sistemas de garantías para el uso y ejercicio de los derechos. Un problema que se agrava en el caso de los niños, niñas, adolescentes inmigrantes, y más aún en el caso de los no acompañados;

- realizar una propuesta alternativa al modelo actual de ciudadanía, en la que tenga cabida la ciudadanía juvenil, incluidos los MENA que permanezcan en España;
- justificar por qué la regulación jurídica nacional no debería referirse a estos menores extranjeros como «MENA», sino como «niñas, niños y adolescentes privados de su entorno familiar», y por qué debería considerarse el hecho de no estar acompañado de sus padres, madres o una persona adulta responsable como una situación de vulnerabilidad generada por el propio Estado de acogida y no una categoría jurídica;
- analizar críticamente la evolución del discurso de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en los distintos ámbitos de gobernanza de los derechos humanos, con el fin de desprenderlos de todas aquellas etiquetas jerarquizantes respecto a lo humano y la migración. El fin último es otorgarles a todos los niños, niñas y adolescentes la dignidad y reconocimiento que se merecen cualquiera que sea la situación en la que se encuentren;
- identificar quiénes son las y los MENA que recogen de manera transversal los instrumentos jurídicos coexisten en todos los ámbitos de gobernanza de los derechos humanos de la niñez, y los modelos de referencia que subyacen en ellos;
- mostrar la problemática en torno a la tutela y representación de los y las MENA en España y en El Salvador en relación con el acceso a derechos esenciales como son, por ejemplo, el asilo, el estatus de víctima de trata, debido proceso, reunificación familiar y trabajo;
- evidenciar la vulnerabilidad sustantiva y jurídica de los menores inmigrantes no acompañados proveniente del sistema de protección de menores vigente en España y El Salvador;
- exhibir los múltiples factores de vulnerabilidad de las y los MENA y la subdiscriminación de estos; y
- plantear, en forma de propuesta de ley, garantías procesales y medidas de protección específicas para el colectivo MENA capaces de acabar con cada una de las vulnerabilidades creadas a estos menores.

Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, hemos estructurado este trabajo de investigación en tres capítulos y un apartado de conclusiones donde se recoge una propuesta de *lege ferenda*.

RECORRIDO REALIZADO EN LA INVESTIGACIÓN

En toda investigación, y más en el desarrollo de una tesis doctoral como esta, el contenido de esta va evolucionando en consonancia con el aprendizaje y los problemas que surgen en su desarrollo. En el inicio la tesis iba a estar centrada en un análisis crítico del discurso de los derechos humanos y su integración en el marco del Estado y el constitucionalismo moderno, con el objetivo de identificar tensiones y conflictos que habían pasado desapercibidos o minusvalorados en su importancia, mostrar las lagunas cognitivas que se habían producido y los conceptos inadecuados que, en torno a este discurso, se han conformado en el marco de las políticas estatales y en la evolución del derecho positivo.

A medida que iniciamos la comprensión de los problemas existentes, comprobamos que el objeto de la tesis adquiriría proporciones inabarcables. De ahí que, en conjunción con mis directoras, consideráramos más apropiado reducir el enfoque a algunos de los colectivos más afectados por los límites que presentaban las narrativas sobre los derechos humanos, sobre todo para efectuar un abordaje correcto de las situaciones de subdiscriminación.

Conforme la investigación se centraba en los MENA, se plantearon dificultades de diferente naturaleza:

- a) Gran dispersión de fuentes. Esto exigió un esfuerzo de sistematización y organización, máxime cuando éstas poseían diferentes ámbitos de aplicación. Por ese motivo, se han debido manejar fuentes estatales, regionales e internacionales.
- b) Distintas representaciones de la niñez y la adolescencia en el discurso de los derechos humanos a lo largo de la historia reciente, con relevantes avances y retrocesos.
- c) Confusión conceptual o ambigüedades en la conceptualización de la categoría menores, en el marco del Estado nación.
- d) Un reconocimiento tardío a nivel jurídico y político de los MENA, lo que nos obligó a buscar una base firme de la protección de sus derechos, para lograr asimilarlos lo más posible a los nacionales, en aras del principio de igualdad y no discriminación y del interés superior del menor. Una cuestión que se evidenció clave a medida que avanzaba la investigación, máxime cuando percibí la heterogeneidad de menores que coexistían bajo la denominación MENA. Por esta razón parecía central establecer una correcta clasificación de los MENA, de la que disponer para lograr diseñar correctos sistemas de protección.

Una vez avanzábamos en la comprensión del discurso de los derechos humanos referido a los menores, y en el derecho de extranjería, el paso siguiente fue profundizar en la forma que las normativas estatales, regionales o internacionales abordaban la regulación del fenómeno migratorio y en especial la protección de los menores inmigrantes no acompañados. Fuimos conscientes muy pronto de la necesidad de superar las viejas representaciones que las normativas tienen sobre la niñez o la adolescencia, a fin de mejorar los actuales sistemas de garantía y protección. Y para conseguirlo era imprescindible estudiar los sistemas internacionales y regionales de protección de los derechos de los niños y las niñas, a fin de compararlos con los sistemas estatales de España y El Salvador. Esta comparación nos permitió detectar relativamente rápido que, si bien los sistemas internacionales de protección del menor habían evolucionado adaptándose a la realidad, no lo habían hecho en la misma medida los sistemas estatales. El discurso monocultural sobre los derechos humanos de la niñez y adolescencia ha sido, en el marco de la extranjería, uno de los principales frenos a la evolución de los sistemas estatales de protección.

Se hacía difícil trasladar el viejo discurso de la niñez y de la adolescencia a las demandas reivindicativas del grupo heterogéneo de menores migrantes: niñez solicitante de asilo, y niñez refugiada, niñez víctima de trata, niñez impedida, niñez reclutada, niñez en situación de calle. Dificultades a las que había que sumar el doble paradigma dominante sobre la niñez migrante asistencial, el cual se movía entre el predominio de su dimensión de irregular o de grupo vulnerable. Dar centralidad a una y otra cualidad no era una cuestión menor, pues determina las obligaciones de los Estados y las actuaciones de la guardia de fronteras en la ejecución del control fronterizo.

Fue necesario y urgente, tras las primeras aproximaciones al objeto de la tesis, mostrar las luces y las sobras que envolvían a los sistemas de protección de los derechos humanos de los MENA, así como fijar un correcto sistema de intervención y de calificación jurídica, a fin de desarrollar procedimientos y garantías procesales adecuadas. Nos preocupaba que los menores no estuvieran debidamente acompañados y asistidos en el duro recorrido que lleva implícito la determinación de su perfil, y que sus necesidades más básicas no estuvieran satisfechas. Pero también que el derecho fuera frente a ellos más un instrumento de opresión que de justicia.

Llevar adelante la complejidad que encierra poner en interacción el discurso de los derechos humanos con el derecho de extranjería hubiese sido imposible sin la extraordinaria colaboración de la Dra. Mercedes Moya, no

solo por recomendarme que debía completar mi formación en derecho de extranjería a través de la realización del Máster en derecho de extranjería del que es directora, también por acompañarme en toda la complejidad conceptual y normativa que encierra este sector normativo. Las largas horas en su despacho y sus continuas preguntas han hecho posible lo que de valor exista en este trabajo de investigación, y los errores si los hubiere solo son imputables a mí, pues en ocasiones me era difícil abarcar toda la complejidad que encierra el objeto de esta tesis. Lo mismo debo decir de mi otra directora, la Dra. Ana Rubio, ella me obligaba no solo a ser crítica y a detenerme en las diferencias conceptuales y ambigüedades que encontraba en mis análisis sobre la legislación internacional, regional y estatal, también a hacer el esfuerzo de reflexionar cómo deberían de ser, para superar la subordiscriminación existente, en aras de la igualdad y la justicia para estos menores.

A medida que iniciábamos el estudio del derecho positivo español y salvadoreño, desde la mirada crítica que me ofrecían el discurso de los derechos humanos y el derecho internacional, más necesario considerábamos detenernos en las medidas de tutela, acogimiento, protección procesal, etc., que cada uno de los grupos de menores no acompañados en atención a su perfil necesita. Esto explica todo el detallado análisis que fue necesario hacer, y que se recoge en el capítulo 2.

En paralelo al análisis conceptual y técnico, apareció otra cuestión relevante, por las consecuencias que tiene en el desarrollo de los sistemas de protección, estamos hablando de la vulnerabilidad. En recientes documentos jurídicos y políticos veíamos a los menores migrantes calificados como grupos vulnerables, sujetos vulnerables, se mencionaban las situaciones de vulnerabilidad ligadas al duro proceso migratorio, o se hablaba de las vulnerabilidades que confluían en el menor inmigrante. No es lo mismo enfocar el problema de protección de los MENA desde la vulnerabilidad que da prioridad al contexto y al individuo, que hacerlo desde su posición de subordiscriminación, que nos sitúa en un escenario distinto, la igualdad y la no discriminación. Por este motivo, entendimos de interés detenernos en cómo se estaba introduciendo este término en el discurso jurídico.

Las dificultades las encontramos en la falta de consenso a nivel doctrinal o jurisprudencial respecto al significado jurídico de vulnerabilidad, y también al hecho de encontrar utilizada indistintamente discriminación y vulnerabilidad, o solo mencionada la vulnerabilidad. Consideramos importante tratar de hallar una fórmula en la que tuvieran cabida de forma complementaria ambos enfoques, lo que en nuestra opinión proporcionaría una mejor respuesta.

Para finalizar, debemos decir que nos ha preocupado a la largo de toda la investigación la corriente recientemente desarrollada contra la solidaridad a la migración irregular, por la deshumanización que representa. Margarita Martínez experta en derecho penal y migraciones afirma: «En Europa y en España se viene desarrollando desde hace tiempo una guerra contra la inmigración irregular». Incluso autoridades españolas han dicho que existe una frontera muy fina y dudosa entre la ayuda humanitaria y la colaboración con las mafias que trafican con seres humanos. El Institute of Race Relations, recogía en su último informe que 45 personas voluntarias y trabajadoras de ONG han sido llevadas ante la justicia por su implicación en la ayuda humanitaria. Un tipo de actuaciones que pretenden construir una valla judicial que impida la solidaridad humana y nos haga olvidar el deber de socorro que tiene todo ser humano y más aún los Estados.

RELEVANCIA DEL ESTUDIO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y EL SALVADOR EN MATERIA DE NIÑEZ MIGRANTE NO ACOMPAÑADA

Tres hechos hacen de este estudio de derecho comparado un material de interés para el desarrollo del discurso de los derechos humanos en menores no nacionales: ser España un Estado de tránsito y de estancia durante un cierto período de tiempo de los MENA, y El Salvador un Estado eminentemente emisor, pero también de tránsito y receptor de MENA; ser España un país pionero en el análisis y regulación de los MENA; y encontrar en la CIDH una doctrina precursora a favor de los derechos humanos de la niñez migrante.

La razón esencial de haber seleccionado España de entre todos los Estados miembros de la UE, y El Salvador de entre todos los Estados iberoamericanos, parte de ser España uno de los principales países de acceso a la UE. Y la razón por la que ha sido seleccionado El Salvador y no otro país iberoamericano, tiene que ver, con mis dos estancias de investigación en ese Estado y con la posibilidad de comprobar *in situ* los graves problemas humanos y jurídicos que planteaban los flujos migratorios de niñez y adolescencia migrante no acompañada.

España y El Salvador representan dos de los Estados que forman parte de los principales corredores en el mundo con mayor tasa de migración infantil: el corredor de América Central/El Salvador/México/EE.UU. y el corredor

de África/Marruecos/España y resto de Europa (Magallanes, 2016: 107-122), a pesar de presentar estos Estados escenarios distintos desde el punto de vista social, demográfico, político y jurídico (ONU. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, 2013). La diferencia esencial entre el contexto español y el salvadoreño viene dada por la catalogación de España como país de tránsito y receptor, mientras que El Salvador es un país de origen, tránsito y destino. Además de tener España un mejor conocimiento de la realidad, contando con datos que permiten conocer la magnitud del problema y su impacto social, algo de lo que adolece El Salvador.

Este hecho nos ha dificultado extraordinariamente el conocimiento de la realidad salvadoreña, obligándonos a acudir a las instituciones directamente para demandar información a personas relevantes para que nos aportasen datos e información sobre el objeto de nuestra investigación. También, a nivel doctrinal encontramos muy poca bibliografía, y no siempre con interpretaciones coincidentes. A pesar de la falta de información oficial nos pareció importante continuar con la doble investigación, porque entendíamos que nos ofrecía una mirada más compleja y completa sobre la realidad que viven cotidianamente los MENA en los diferentes contextos geográficos. Además, nos permitía esta doble mirada conocer si existen grandes diferencias o no en la protección de los derechos de los menores no nacionales, especialmente de los MENA, dados los distintos códigos culturales y el diferente desarrollo institucional.

El enfoque jurídico-político cambia si utilizamos como factor diferencial en el estudio de la realidad española o salvadoreña ser país emisor o no serlo, pues las vulneraciones de derechos humanos de los MENA como migrantes se producen en cada una de las fases del proceso migratorio (ONU. OIM, 2015). Acnur señala cuatro fases en el proceso migratorio en las que se vulneran los derechos humanos de los MENA: en sus países de origen, durante el tránsito; en los países de destino, y después de su repatriación, en su propio país de nuevo. Por ese motivo, propone soluciones internacionales, regionales, bilaterales, nacionales y locales a corto, medio y largo plazo basadas en los derechos humanos, el derecho al desarrollo de las personas, los principios humanitarios y el derecho internacional sobre el refugiado (ONU. Acnur, 2015: 7).

Debido a la amplitud del proceso migratorio en el que se encuadran los MENA, la presente investigación se centra, exclusivamente, en la regulación jurídica aplicable a España y El Salvador sobre los MENA, y en las vulneraciones de derechos humanos que estos sufren una vez que acceden al territorio español y al territorio salvadoreño.

El hecho de que El Salvador sea un país principalmente emisor de niñez migrante hacia los países del triángulo norte, entre ellos Estados Unidos (EE.UU.), influye en la regulación jurídica salvadoreña de la niñez migrante no acompañada. Eric L. Olson señala que «en diciembre de 2015, el Congreso de Estados Unidos aprobó un presupuesto de US\$750 millones para afrontar de raíz las causas de la migración y también para incrementar la seguridad de la frontera entre Estados Unidos y México, así como las fronteras interiores de Centroamérica» (Olson, 2016: 5). Esta política de pactos e inversión de los Estados desarrollados (quiénes son receptores de menores) con los Estados subdesarrollados, en vías de desarrollo o en guerra (emisores de los MENA y de los refugiados), es algo que conoce bien España y sus comunidades autónomas (art. 35 LOEx). Con respecto a los primeros, existen hoy «acuerdos de colaboración» con Marruecos, Senegal, y Rumanía, y la Unión Europea (UE), y con respecto a los segundos a través del coloquialmente llamado «Pacto de la vergüenza», con base al cual la UE desembolsó 3000 millones de euros a Turquía, inicialmente, para abordar las inmediatas necesidades humanitarias y de desarrollo de los refugiados en ese país. La UE se comprometió a movilizar 3000 millones de euros adicionales para finales de 2018 a más tardar. Esta es una más de las razones que nos han hecho excluir a EE.UU. e incluir a El Salvador en nuestro análisis jurídico comparado con España, en cuanto que queríamos comprobar las diferencias sociales, jurídicas y políticas que existen entre un país principalmente emisor, pero también receptor y de tránsito como es El Salvador, y otro país eminentemente receptor, pero también de tránsito como es España.

Para tener una idea general de la magnitud de los flujos migratorios de niñez migrante centroamericana, esto es, de Honduras, El Salvador, Nicaragua, Guatemala, y Costa Rica, que entran a EE.UU., tendremos en cuenta los datos de Roseblum y Ball, quienes señalan que, en el año 2015, EE.UU. llegó a recibir alrededor de 12 000 MENA de origen centroamericano, la mayoría de ellos eran salvadoreños y hondureños. En ese año se produjo un incremento de un 90 % de recepción de MENA, a pesar de que se hubieran retenido por parte del Estado mexicano a 35 000 MENA a las puertas de los EE.UU. (Roseblum y Ball, 2016). En el año 2017, de acuerdo con los datos oficiales del último informe de Citizenship and Immigration Service (USCI), El Salvador a fecha del informe se convertía en el segundo país iberoamericano con mayor número de solicitudes iniciales y de renovaciones del programa DACA en EE.UU. con un total de 67 448 solicitudes de las que se aprobaron 58 633

(USCI, 2017: 2). Esto explica el deseo de la Administración Trump de reducir los derechos de los «DACA». Este programa logró regularizar a los miles de MENA centroamericanos que viajaban a los EE.UU. en busca de su familia, ejerciendo encubiertamente el derecho a la reunificación familiar que sus padres, trabajadores irregulares en el país, no lo tenían.

A través de este programa se lograba regularizar a toda la familia. Cada MENA contaba con un trabajador social que le ayudaba a gestionar el acceso al aprendizaje del idioma extranjero, y el acceso a la educación y al trabajo en el caso de los adolescentes. También accedían al programa DACA aquellos otros MENA que eran migrantes económicos, adolescentes trabajadores irregulares (American Immigration Council, 2017: 3). Debemos recordar que El Salvador es uno de los principales emisores de MENA hacia EE.UU. (Ramos, 2014a), razón por la cual pensamos que la inversión estadounidense aportada para investigación en el país salvadoreño ha estado destinada al estudio de las causas de la emigración de la población salvadoreña menor de edad, los motivos por los que emigran solos, y la solución para evitar tanto las vulneraciones de derechos humanos en los países de tránsito como para frenar la emigración masiva hacia los EE.UU.

La influencia extranjera a través de inversiones de ONG o estatales estadounidenses, como USAID, han permitido que se avance en la investigación de los MENA en El Salvador, pero solo de los salvadoreños que emigran y no de los menores extranjeros que llegan al país salvadoreño solos o no acompañados de otros países del entorno. Las inversiones de la USAID en la investigación sobre la niñez migrante, tuve la oportunidad de conocerlas durante mi estancia de investigación en El Salvador, al ser invitada a un encuentro científico, con parte de la doctrina salvadoreña, en la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. Información posteriormente confirmada por el señor John Simpkins, antiguo consejero general de la USAID, con motivo del encuentro realizado durante el desarrollo de su ponencia en el curso de «Introduction to U.S Law: global challenges» llevado a cabo del 23-25 de mayo 2017, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Todas estas informaciones me permiten concluir que los propios menores salvadoreños son tratados como extranjeros dentro de su propio territorio, una vez retornan de los EE.UU., ya sea por su propia voluntad o porque son expulsados. Estas y estos niños retornados son ingresados en centros de protección gestionados con fondos de la OIM en colaboración con el ISNA (Instituto Salvadoreño de la Niñez y Adolescencia), y totalmente separados del resto de niños salvadore-

ños beneficiarios del sistema nacional de protección de menores. DYGESTIC afirma que El Salvador es un país emisor de MENA como consecuencia de tener una pirámide de población totalmente opuesta a la española, en la que el sector poblacional con edades comprendidas entre 0 y 17 años representa la gran mayoría de la población demográfica total salvadoreña (Dygestic, 2014). Un porcentaje que ha descendido poco, a pesar de ser uno de los principales grupos amenazados por las maras en el país, y ser el «juvenicidio» muy elevado (*La Prensa Gráfica*, 2016). Además, como ya hemos dicho, es un país de tránsito hacia EE.UU., razón por la cual recibe población joven e infante de países vecinos centroamericanos, especialmente de Nicaragua y Honduras (Amnistía Internacional, 2016; ONU. Acnur, 2015a).

La política e inversión estadounidense en la intercepción de menores migrantes y fortalecimiento de las fronteras internas centroamericanas, ya mencionada, ha incentivado que las autoridades salvadoreñas a fecha de enero de 2011 a enero de 2016 en el CIE salvadoreño, esto es en el Centro de Atención para Migrantes (CAIM), internara para su expulsión a 74 menores. No sabemos si acompañados o no, o si eran refugiados o no, y a un total de 724 personas extranjeras de nacionalidades entre otras de Afganistán, Siria, Eritrea, Etiopía, Bangladesh, Ghana, Irak, Namibia, Somalia, Palestina, Honduras, etc. Los 74 menores a la espera de la expulsión fueron ingresados en el CAIM mezclados con adultos, lo que es totalmente rechazable.

Las expulsiones de menores extranjeros que se han llevado a cabo por la Administración pública salvadoreña vulnerando la garantía constitucional de audiencia del artículo 11, inciso primero, de la Constitución de El Salvador de 1983, que dispone: «ninguna persona puede ser privada del derecho a la libertad, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes», y asimismo, incumpliendo con el artículo 5.5 de la Convención Americana de derechos humanos el cual establece que «cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento». Además, no se ha tenido en cuenta el principio de no devolución de las nacionalidades que presuntamente son refugiadas como es el caso de Siria, Eritrea, Afganistán o Bangladesh.

También El Salvador es un país de destino de MENA, principalmente de inmigrantes económicos centroamericanos, pero también de inmigrantes refugiados (Acuña González, 2012: 20-24).

Las razones que convertirían a El Salvador en un país atractivo para los centroamericanos estarían principalmente asociadas a su condición de país expulsor y el subsiguiente fenómeno del reemplazo de su mano de obra. La escasez de mano de obra ocurre principalmente en la construcción, la zafra de caña de azúcar y la recolección de café (ONU. Cepal, 2011: 342).

Prueba de esta atracción de mano de obra juvenil, es el elevado número de menores extranjeros no acompañados identificados por las autoridades salvadoreñas en el período de enero de 2010 a marzo de 2017. Un total de 465 menores extranjeros no acompañados fueron atendidos por el sistema de protección nacional de menores salvadoreños, esto es, el Instituto salvadoreño para el desarrollo integral de la niñez y adolescencia (ISNA). La mayoría de ellos tenían edades comprendidas entre los 15 y 17 años, y eran nacionales de Honduras, Guatemala, Nicaragua, Belice y México. De esos 465 menores extranjeros no acompañados, 281 fueron atendidos por ingreso ilegal en el país. Posiblemente, aunque no nos consta, fueron expulsados por su condición de irregular. Cabe destacar que los datos proporcionados por el ISNA sobre los menores extranjeros no acompañados atendidos por este organismo no coinciden con los datos del 2010, lo que quiere decir que posiblemente haya un mayor porcentaje de MENA en el país.

Asimismo, del 1 de enero de 2010 al 9 de mayo del 2017, de acuerdo con la Procuraduría General de la República (PGR) hubo 2 solicitudes de refugio por parte de menores no acompañados, a los cuales se les otorgó la condición de refugiados tramitándoles un carné de condición temporal de refugiados que tiene una duración de un año prorrogable. La Dirección General de Migración y Extranjería (DGME), en el período que va desde 2014 al 2016 ha contabilizado 12 menores refugiados de México, Honduras, Siria, Afganistán y Guatemala, estos datos ofrecidos muestran como de los 74 menores que vimos internados en el CAIM antes de ser expulsados, al menos 12 de esos menores eran refugiados y, por lo tanto, no debían ser retornados a su país de origen ni internados en el CAIM, sino que debieron ser dirigidos a la Comisión para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas (CODER), y, a posteriori, al sistema de protección de menores, el ISNA. La DGME en el mismo período indicado señala que hubo también dos adolescentes extranjeras no acompañadas y víctimas de trata, ambas de nacionalidad hondureña. El hecho de que cuente la DGME con este dato, nos hace pensar que de los 74 menores que había internados en el CAIM para proceder a su expulsión, dos de ellas eran también adolescentes y víctimas de trata.

La gravedad de los datos expuestos, o la ausencia de ellos, sobre los MENA nos lleva a considerar esta investigación imprescindible y urgente, así como a sostener la necesidad de llevar a cabo un análisis de las estructuras de poder de los Estados y de la institucionalización y positivización del discurso de los derechos humanos, a fin de determinar las discriminaciones y situaciones de vulnerabilidad que se producen contra los menores en general y los MENA en particular.

La UE debido a la crisis migratoria de menores extranjeros no acompañados, iniciada en los años noventa, se ve obligada a hacer visible en su regulación jurídica la tipología de niñez migrante, «menor extranjero no acompañado», tal y como demuestra la Resolución del Consejo 97/C/221/03, de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países. A través de esta Resolución se implanta la «doctrina de la irregularidad» de la niñez inmigrante no acompañada de terceros países en todos los Estados miembros de la UE.

Con base en esta normativa se ha desarrollado una práctica administrativa sistemática por los Estados miembros de la UE de devolución o expulsión del MENA del territorio europeo, por la violación de las leyes nacionales y regionales que controlan los flujos migratorios. Desde entonces se ha usado la mención de los MENA de manera transversal en los distintos instrumentos jurídicos vinculantes y no vinculantes. Como crítica a esta práctica hay que recoger la Observación General número 6 del Comité de los derechos del niño, de Naciones Unidas, en la que se recuerda a los Estados parte de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (CDN), entre los que están España y El Salvador, que tienen obligaciones internacionales con respecto a todo tipo de niñez, incluida la niñez migrante y que, por lo tanto, no pueden vulnerar de manera sistemática los derechos humanos de los MENA, tratándolos como si fueran adultos inmigrantes irregulares, pues en ellos prima ante todo su condición de menor.

En la regulación jurídica española sobre menores o sobre extranjería no hubo referencia alguna a los MENA hasta el año 2009. Año en el que se reforma la LO de Extranjería 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre de reforma de la LOEx (art. 35 LOEx). Mediante esta reforma comienza una cierta protección de los MENA por su condición de menores, a pesar de ser extranjeros e irregulares y haber vulnerado las leyes españolas para

entrar por un puesto inhabilitado al territorio español. Antes del año 2009 se lleva a cabo una práctica administrativa de devolución sistemática o expulsión del menor del territorio español sin tener en cuenta su condición. El desarrollo reglamentario de ese artículo referente a los MENA en España no se produce hasta el año 2011, mediante el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LOEx, en el que se dedica un capítulo entero al desarrollo del artículo 35 de la LOEx (cap. III, Menores extranjeros no acompañados, arts. 189-198 RLOEx).

El desarrollo administrativo de coordinación de todas las Administraciones Públicas españolas con respecto a cómo deben proceder con los MENA no se realizará, hasta el año 2014, mediante la Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaria, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, cuando exista preocupación sobre el trato recibido por estos menores.

Un año después, en el 2015, se modifica el sistema de protección nacional de menores recogido en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mediante la Ley 8/2015 y 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, donde se introduce por primera vez a los MENA en el sistema de protección nacional de menores, diferenciándolos de los beneficiarios de protección internacional, de las víctimas de trata o de tráfico de seres humanos, etc. A pesar de todo este esfuerzo legislativo, Save the Children viene denunciando desde el 2016 que en España las infancias invisibles son los MENA y víctimas de trata, y los MENA y refugiados (Save The Children, 2016). Por el contrario, en el caso salvadoreño la única referencia legislativa que existe sobre menores extranjeros no acompañados data de 2005, en el Reglamento en el que se desarrolla la Ley para la determinación de la condición de refugiado (arts. 12 y 57). Esto excluye de la protección a todos aquellos MENA que no son refugiados.

El estudio normativo y conceptual realizado entre ambos países nos lleva a analizar los múltiples instrumentos jurídicos reguladores de los derechos humanos de los MENA que actúan en uno y otro país. Un análisis esencial para poder averiguar si el término jurídico de «MENA» introducido en la legislación española es el adecuado, o si, por el contrario, este conduce a que se perpetúe la doctrina de la irregularidad, ya introducida por la UE en 1997.

Una práctica que de mantenerse estaría dando lugar al no reconocimiento de un estatus jurídico diferencial para los MENA según sean refugiados, beneficiarios de protección internacional o víctimas de trata.

Al otro lado del charco, en el continente Latinoamericano, hallamos resoluciones de la CIDH que abordan desde un punto de vista universalista aspectos generales relacionados con la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes, al tiempo que desarrollan conceptos básicos de gran interés en la materia, tomando como referencia el principio de igualdad y de no discriminación, y trasladándolos a casos relacionados con los migrantes.

Entre las resoluciones más importantes vinculadas con la niñez migrante están la OC-17/02 del 28 de agosto de 2002 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño; la OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados; y la OC-21/14 sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. En esta última Opinión Consultiva, aparece de forma expresa mencionada la niñez migrante no acompañada (los llamados MENA en Europa y en España) distinguiéndola de la niñez beneficiaria de protección internacional (Pérez Vaquero, 2015: 17-39). Todo lo expuesto nos ha conducido a mantener el análisis del derecho comparado a nivel regional (UE, CdE, y CIDH), ante la inexistencia del término jurídico MENA y de un procedimiento específico para estos menores en las resoluciones y normativa interamericana.

La última Opinión nos condujo a la realización de un estudio normativo a fin de determinar si el término MENA tenía un contenido preciso o no, y si las causas de vulnerabilidad de los MENA respondían realmente a su edad y desarrollo, o por el contrario eran fruto del sistema jurídico-político y social del Estado receptor. El resultado de este análisis nos permitiría decir si nos llamamos, o no, ante una categoría jurídica clara.

Todo lo anterior nos lleva a la convicción de que la gobernanza multinivel que hoy existe en materia de derechos humanos en los Estados y en la regulación de la migración no aborda convenientemente el problema del menor migrante. De ahí que fuera necesario analizar críticamente los presupuestos del discurso de los derechos humanos y su positivización a nivel internacional, regional y nacional. Además, fue imprescindible distinguir entre niñas, niños, adolescentes acompañados o no acompañados, por el diferente nivel de vulnerabilidad que sufren y por el distinto grado de responsabilidad de los Estados y la sociedad de acogida respecto a ellos.

ESTRUCTURA DE LA TESIS

El capítulo 1 se inicia con una primera parte en la que se analiza la Constitución Española de 1978 y la Constitución Salvadoreña de 1983, y el discurso de los derechos humanos en ambos Estados, con el objetivo de demostrar que el sistema de protección de menores, regulado por ley en ambos países, se forja tomando como referencia el adultocentrismo y el nacionalismo impreso en la Constitución, y asignando la protección de la y el menor preferentemente a su familia, y, de manera subsidiaria y solo en el caso de que le falle la familia, a la sociedad o al Estado de origen del menor; y que los cambios nacionales instados desde el ámbito internacional de gobernanza sobre los derechos humanos de los menores se están produciendo sin subsanar el adultocentrismo de las constituciones, y sin corregir los déficit de responsabilidad que los Estados tienen respecto a los menores y adolescentes que están bajo su jurisdicción.

Una segunda parte está enfocada a hacer visible cómo los elementos estructurales sobre los que se asentó el sistema de protección de derechos humanos, en general (ciudadanía y nacionalidad), y el sistema de protección de los menores, en particular (familia, sociedad y Estado), están en proceso de cambio, como resultado de los cambios familiares y sociales producidos en las últimas décadas y por aquellos otros que introducen los altos flujos migratorios de personas que llegan a un determinado Estado con la intención de quedarse, y no de residir temporalmente. La mayoría de estas personas desean formar una familia o reagrupar a la suya en el Estado de acogida mezclándose con los nacionales e incluso llegando a convertirse en parte de la sociedad al adquirir la nacionalidad. Estos cambios obligan a someter a crítica las viejas representaciones humanas que encontramos en el discurso de los derechos humanos, en particular respecto a niñas, niños y adolescentes.

En la primera parte del capítulo 2, realizamos un recorrido histórico jurídico para visibilizar la construcción del imaginario de infancia y adolescencia en las diversas normas vigentes que afectan a los menores migrantes no acompañados en España y El Salvador; y una sistematización de las categorías jurídicas de MENA. Además de afrontar las dificultades que presenta un sistema de gobernanza multinivel en materia de derechos humanos. En la segunda parte del capítulo, esto es en el punto 4, analizamos si las normas estatales se han adaptado a los cambios jurídicos supranacionales, y cuáles son los efectos que tiene la dispersión normativa en la protección y tutela de los derechos humanos de los menores migrantes no acompañados, para mostrar la desigualdad

existente entre menores nacionales y menores extranjeros, y las múltiples violaciones que sufren los MENA en sus derechos, en España y El Salvador.

Una vez detectadas las fallas en la protección y tutela de los derechos humanos de los menores no acompañados, en el capítulo 3, analizamos el concepto doctrinal de vulnerabilidad y grupo vulnerables; situaciones de vulnerabilidad; y necesidades específicas de protección de los menores migrantes no acompañados. Y, en la segunda, sistematizamos los principios rectores emanados del derecho internacional que consideramos deben servir de guía en la modificación de la política y legislación interna que afecta a los menores migrantes no acompañados, en España y El Salvador.

Todo este recorrido ha hecho posible presentar al final de nuestra investigación una propuesta de *lege ferenda* para España y El Salvador, en forma de conclusiones generales y específicas. No olvidemos que el objetivo último de la tesis es hacer posible que tanto España como El Salvador mejoren sus sistemas de protección de menores, tanto a nivel preventivo como paliativo, para ofrecer una respuesta jurídica y administrativa justa y no discriminatoria, la cual solo será posible de alcanzar si se toman en consideración las peculiaridades personales y jurídicas de cada menor, en especial de los MENA, y las diversas situaciones de vulnerabilidad que se producen durante el proceso migratorio.

Capítulo 1

LAS ESTRUCTURAS TRADICIONALES DE PODER Y LA NIÑEZ INMIGRANTE NO ACOMPAÑADA. ESTADO, SOCIEDAD Y FAMILIA

La cuestión de los derechos humanos en nuestro tiempo no es la de su fundamentación, sino la de su protección. No es un problema filosófico, sino político.

(Norberto Bobbio)

1. LA NARRATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MENORES EN EL MODELO CONSTITUCIONAL Y EN EL ESTADO MODERNO

En este capítulo trataremos de mostrar que la vulnerabilidad¹ que presentan los MENA no está centrada en su edad o desarrollo, sino en el estatus jurídico que se les asigna como menores inmigrantes en los Estados de acogida o tránsito. Un estatus devaluado que deriva del modelo antropológico que subyace en el modelo de Estado y en la posterior constitucionalización de los derechos humanos. A estos factores debemos sumar la forma en que las niñas, niños y adolescentes son excluidos del modelo de sujeto de derechos y ciudadano, y el modo en que el fenómeno migratorio está siendo regulado por la comunidad internacional y los Estados.

¹ En nuestro estudio las principales situaciones de vulnerabilidad tenidas en cuenta son el género, la minoría de edad y la condición de migrante. La vulnerabilidad es un concepto que desarrollaremos en el capítulo 3. Si bien adelantamos que «en materia de protección de derechos humanos las nociones de igualdad y vulnerabilidad van particularmente unidas. Son vulnerables quienes tienen disminuidas, por distintas razones, sus capacidades para hacer frente a las eventuales lesiones de sus derechos básicos, sus derechos humanos. Esa disminución de capacidades, esa vulnerabilidad va asociada a una condición determinada que permite identificar al individuo como integrante de un determinado colectivo que, como regla general, está en condiciones de clara desigualdad material con respecto al colectivo mayoritario. Esas condiciones de vulnerabilidad son acumulativas entre sí». Aylwin et al., 2014: 13-15.

El acceso a los derechos en el marco de los Estados está estrechamente conectado con la nacionalidad, conformando una narrativa sobre derechos humanos de corte individualista, a-histórico y estatalista (Fioravanti, 2009). Un estatismo en el que aparecen estrechamente ligados entre sí conceptos como Estado, nación, y patria (Serrano Moreno, 2009: 284-298), dándose, por esta razón, lugar a un estrecho anudamiento entre el acceso a la ciudadanía y la nacionalidad, y haciendo que los sistemas de protección y garantía de los derechos humanos giren en torno a la protección de los derechos de los nacionales, frente a los ataques de los otros, los extraños, los no nacionales. Este viejo nacionalismo se encuentra en la actualidad sometido a una fuerte crisis como consecuencia de la pérdida de soberanía estatal en el control de su población, su territorio y su legislación, efecto colateral de la globalización económica y comercial (una globalización que genera fuertes flujos migratorios), y poder de los mercados financieros.

La pérdida de soberanía estatal obliga a situar el discurso de los derechos humanos en el marco de un nuevo modelo de democracia que excede el marco territorial nacional, y nos ubica en un nuevo escenario internacional (González Souza, 1997: 106). Por esta razón, se hace necesario analizar, aunque sea brevemente, el trasfondo filosófico, jurídico, político, cultural e histórico, en discusión en el discurso de los derechos humanos, a fin de desvelar el falso *constructo* universal de la protección de los derechos humanos de las personas, el cual provoca la exclusión en los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos de los MENA.

Una vez desvelado el marco estructural e institucional en el que se inserta el discurso de los derechos humanos y los sistemas de protección de estos, analizaremos los ejes en torno a los cuales se conforma el cuidado y la protección de los menores y su impacto sobre los menores inmigrantes, estén o no acompañados, nos referimos a la familia, la sociedad y el Estado.

1.1. Las paradojas que encierra el paradigma del igualitarismo humano: con especial referencia a los menores

Una de las primeras cuestiones que afectan a los menores extranjeros no acompañados es el falso universalismo de los derechos humanos en los Estados, y un discurso de los derechos humanos de claro corte adultocentrista en el que las niñas, niños y adolescentes son ignorados. No existe un catálogo de derechos

iguales y válidos para todos y todas con independencia de la raza, nacionalidad, género o identidad sexual, etnia, edad, etc., que nos permita hablar de la universalidad de los derechos humanos (Saavedra, 2002: 243), al contrario, lo que se verifica es una fuerte desigualdad social, jurídica y política.

[...] Si todos fueran blancos, heterosexuales, cristianos, sin discapacidades, adultos, etc., y todos tuvieran las mismas oportunidades económicas bastaría establecer una lista de derechos de todos estos seres... Es el reconocimiento de la diversidad entre los individuos el que lleva al establecimiento de que se debe gozar de estos derechos sin distinciones por raza, edad, sexo, religión o cualquier otra distinción [...]». (Facio, 1995)

Si respecto a los adultos existe este alto grado de desigualdad, el tema se recrudece cuando hablamos de menores y más aún de menores inmigrantes. Por consiguiente, para lograr que las niñas, niños y adolescentes sean reconocidos como sujetos con derechos y sujetos sociales es necesario que previamente se instaure la igualdad en derechos para todas las personas sin distinción, desarrollando un discurso verdaderamente universalista a nivel nacional e internacional de los derechos humanos.

Para alcanzar este objetivo es necesario mostrar las paradojas que encierra el igualitarismo humanista como principio axiomático configurador del paradigma liberal republicano, y que se encuentra recogido en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1793 y la Declaración Universal de 1948, en sus artículos 3 y 1 respectivamente (Serrano Moreno, 2009: 286). A pesar de afirmarse en estas Declaraciones que todos nacemos libres e iguales, el acceso a esta predicada igualdad ha sido fruto de constantes luchas entre grupos de personas adultas por el reconocimiento de sus derechos.

La positivización de los derechos y libertades individuales en la Constitución solo recoge los ideales e intereses jurídico-políticos de un determinado colectivo de personas: los hombres, occidentales, blancos, adultos, heterosexuales, etc. Durante este proceso de positivización de los derechos individuales desaparece el ser humano como sujeto de derechos y ciudadano para dar paso al sujeto reconocido por la ley. En esta etapa no solo se reduce el grupo de los iguales en derechos, también queda limitado el contenido del principio de igualdad, pasándose de la igualdad en derechos a la igualdad ante la Ley (igualdad formal) (Rubio Castro, 1997a: 43-49). Las clases sociales favorecidas y legitimadas en el acceso al poder por el constitucionalismo moderno se encuentran, en la actualidad, sometidas a un fuerte proceso de cambio

como resultado de la evolución social producida hacia la conformación de una sociedad post clasista, en la que las clases dirigentes han pasado de ser locales a mundiales. Como consecuencia de esta transformación se está gestando una guerra entre culturas o civilizaciones que en realidad es una guerra de clases desplazadas (Zizek, 2016: 67).

M.^a José Añón Roig señala que

el legislador constitucional proyectó de esta manera una nueva legitimidad y un diseño del poder y de derecho cuya plasmación en la realidad cotidiana necesitó importantes transformaciones tanto de la mentalidad y la cultura jurídica, cuanto de la actividad de los operadores jurídicos. El objetivo radical de este proceso no fue sino el impulso básico del constitucionalismo, esto es, la imposición de límites y vínculos al poder y la garantía de los derechos fundamentales». (Añón Roig, 2002: 25)

Es así como se estaría implementando una única moralidad generalizada para todas las personas y pueblos como si solo existiera un único prototipo de persona sin distinción alguna, y con una única conciencia, la cual marca el sentido de lo humano y el proyecto de justicia a realizar en el marco de la sociedad y el Derecho. En otras palabras, se trata de implantar una sociedad única y homogénea. Adela Cortina cuando reflexiona sobre el ideal de justicia sostiene que, aun aceptándolo, no es fácil de determinar que nos correspondería a cada uno en materia de derechos y libertades y menos aún buscar una base de fundamentación única. Un problema que se agrava en el caso de los menores (Cortina, 2011).

Se puede decir, entonces, que el discurso inclusivo-excluyente moderno desde el que se conforma la creación de la «societas» de los individuos titulares de derechos no está representando a los menores como sujetos, quedando estos reducidos a sujetos naturales². Es decir, a un objeto de regulación y control. Esta consideración de sujeto natural pasivo se mantendrá hasta que la Convención internacional de los derechos del niño de 1989³ reconozca al «niño» como sujeto con derechos.

² Esta calificación la encontramos en Hobbes, en *El Leviatán*, para referirse a todos aquellos seres humanos que no tienen voz propia, por lo que quedan sometidos al poder y a la voluntad de quienes sí son reconocidos como sujetos con derechos y capacidad para representarse a sí mismos y a los demás. Rubio Castro, 2017a: 65-96.

³ España incorpora este reconocimiento del menor como sujeto con derechos en el ordenamiento jurídico interno con el Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313

1.2. La positivización de los derechos de los menores y el modelo constitucional moderno

La forma en que se desarrollan los derechos de la infancia y la adolescencia, así como el prototipo de infancia y rol social asignado en la legislación secundaria, a partir de las bases establecidas en la Constitución, hace de esta la piedra angular sobre la que se forja el catálogo de principios esenciales y de derechos que se consideran básicos para la protección del orden social y de los individuos. Ya hemos expuesto la idea de que las constituciones de los Estados modernos se desarrollan tomando como modelo antropológico de referencia al adulto varón-blanco y occidental, lo que deja fuera del imaginario colectivo a todos aquellos seres humanos que no reúnen estos requisitos. Por consiguiente, a medida que nos alejamos de este modelo humano de referencia el grado de violencia estructural e institucional se incrementa, esto nos lleva a afirmar que los infantes y adolescentes inmigrantes y no acompañados simbolizan todo lo que queda fuera del sistema.

El hecho de que se produzca el desarrollo del reconocimiento del menor como sujeto con derechos en el plano de gobernanza de los derechos humanos internacional, en vez de haberse producido a nivel estatal en la Constitución, es uno de los factores principales que dificulta la admisión de otro prototipo de niñez y adolescencia que no sea el de formar parte de una familia, y por lo tanto de una sociedad (Ramiro, 2016: 128-130). Esto es, el imaginario que se construye a nivel constitucional sobre la niñez es una niñez y adolescencia dependiente de sus progenitores, quienes son los encargados de su desarrollo y protección. Esta reclusión al ámbito familiar pone trabas al reconocimiento de otros tipos de infancias y adolescencias como las que representan las niñas, niños y adolescentes inmigrantes no acompañados. Una tipología que muestra una niñez racional, con capacidad de decidir, y de emigrar fuera de su entorno familiar, social y estatal de origen. Esta niñez inmigrante independiente no siempre responde a una decisión emancipadora del menor, sino que es

de 31 de diciembre de 1990, y en vigor desde el 5 de enero de 1991). Ello significa que para el caso español no se reconoció al menor como sujeto con derechos hasta 13 años después de la aprobación de la Constitución de 1978 hoy vigente. El Salvador ratificó esta Convención por el Decreto núm. 487 del 27 de abril de 1990. *Diario Oficial* núm. 108 del 9 de mayo de 1990. Instrumento que se constituye en Ley de la República de El Salvador por mandato constitucional (art. 144 CS.). Esto significa que para el caso salvadoreño no se reconoció al menor como sujeto con derechos hasta 7 años después de la aprobación de la Constitución de El Salvador de 1983 hoy vigente.

provocada en muchos casos por una quiebra de los sistemas de dependencia en su Estado de origen (Hadjab Boudiaf, 2016: 21).

Los menores inmigrantes no acompañados no solamente están afectados, hoy en día, por el rol legal que les es asignado, también lo son por cómo se desarrollan los derechos y libertades plasmados en la Constitución y que les corresponden por su condición esencial de menor. Cuando los derechos pasan de ser universales a ser nominativos a nivel constitucional, el eje principal de asignación de los derechos fundamentales es la «identidad nacional», en torno al cual se resignifica el patriarcado y el adulto centrismo (Rubio Castro, 2017b). Por esta razón los menores tanto en España como en El Salvador se insertan en un modelo de familia jerarquizado, bajo la autoridad y poder del padre de familia. Un modelo de autoridad en lo privado que interactúa con la autoridad y poder en el espacio público. De ahí que afirmemos la estrecha conexión que existe entre familia y orden social, estableciéndose en ambos contextos una rígida asignación de roles y funciones sociales para cada uno de sus miembros. Lo anterior quiere decir que:

los vínculos del patriarcado y del adulto centrismo crearon las estructuras sociales basándose en múltiples condiciones que establecían el dominio de los hombres adultos en las sociedades sobre el resto de las personas que conformaban la sociedad. Esas condiciones son la condición biológica y sexual de dominio, una económica y productiva del dominio, condición familiar e institucional de dominio, condición simbólica en la producción del dominio, condición sexual en el dominio, y la condición de adultez para el ejercicio del dominio. (Duarte Quapper, 2015: 309-350; y 2012: 99-125)

Pero ¿cuál es el papel asignado a las niñas, niños y adolescentes en la familia y en la sociedad? Infantes y adolescentes tienen un papel irrelevante sin hacerse distinción entre niñas, niños y adolescentes (Liebel, 2015: 45). Esta valoración responde al hecho de considerarlos seres irracionales que deben ser supervisados por adultos que se hacen responsables de sus acciones, trayectoria y desarrollo hasta la etapa de la adultez. Los menores desde el punto de vista legal son contemplados como simples receptores de información y no como seres autónomos que participan activamente en la sociedad (Qvortrup, 1999: 3-37). Un papel hoy superado desde la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre 1989, pero que aún persiste para los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados a través de la legislación de menores y de extranjería. La falta de desarrollo de este grupo humano es el motivo principal de no

reconocerlos como sujetos con derechos y miembros activos de la sociedad, a pesar de demostrar los hechos que son seres autónomos y racionales.

En la Constitución Española de 1978 solo hay una pequeña referencia a la autonomía del menor y a su derecho a la participación dentro de la sociedad, distinguiéndose entre los jóvenes y niños, en el artículo 48 de la CE, cuando dispone «los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural». Probablemente, este derecho se insertó en la Constitución de 1978 atendiendo a las demandas sociales de los jóvenes de esa época. Unas demandas que se explicitaron en las revueltas juveniles de los años 70. El derecho a la participación juvenil no fue desarrollado, y fue soslayado a través del modelo de familia y de sociedad instaurado en la Constitución (Ruiz Rico et al., 1996: 15-41). Lo mismo ocurre en la Constitución Salvadoreña de 1983, en la que se excluye socialmente a las y los jóvenes al considerarlos objeto y no sujetos de las políticas públicas, lo que les impide participar en la esfera pública.

A los jóvenes, frente a las niñas y niños, se les considera adultos en formación o moratoria de responsabilidad, ciudadanos en construcción, y no ciudadanos con plenos derechos y deberes. Esta minusvaloración de sus capacidades y talentos promueve que no se les considere socios estratégicos que deben ser oídos, sobre todo cuando se promocionan cambios o desarrollos sociales (Cáceres et al., 2007: 6). Esta situación resulta especialmente grave en el caso de El Salvador, ante el elevado índice de población menor de edad y adolescente con responsabilidades familiares y de cuidado, y que ejercen *de facto* como un trabajador más. A pesar de todos los condicionantes, y dado que alrededor del 40% de la población son niñas, niños y adolescentes, en los últimos años El Salvador se ha visto obligado a ocuparse del derecho de las y los jóvenes a la participación juvenil, un derecho reconocido a nivel internacional desde 1989, así como a desarrollar normativas que diferencien entre las distintas etapas de la evolución humana, niñez, adolescencia, juventud, adultez y vejez. Es importante señalar, a efectos de nuestra investigación, que los y las adolescentes y jóvenes en el caso salvadoreño han adquirido recientemente un papel protagonista logrando diferenciarse de los niños y niñas. El Instituto de la Juventud salvadoreño señala que

la palabra clave en políticas públicas relacionadas con niños y niñas es «protección», con población adulta mayor es «dignidad» y con adolescentes y jóvenes es «participación». Esto es así, porque las dos principales «misiones»

de toda persona en su etapa juvenil –la construcción de identidad y la construcción de autonomía– se logran participando (por la vía del ensayo y el error, evaluando experiencias diversas) y así formar juicios propios, asumir roles personales, etc. (Instituto Nacional de Juventud, 2013a: 63)

En el año 2012, el enfoque político tradicional se plasma de nuevo en la Ley General de Juventud y su Reglamento (El Salvador. Instituto Nacional de Juventud, 2013)⁴. Una Ley con apenas 6 años de vida, pero en la que se ignora de nuevo a los y las jóvenes inmigrantes, quienes tienen vetada la participación debido a su concepción nacionalista, lo que limita el derecho de los jóvenes a la participación y su correlativo derecho a ser oídos en todas aquellas decisiones y acciones que les afectan.

A pesar de que, en el ámbito salvadoreño, se haya reconocido el derecho a la participación a las y los jóvenes salvadoreños, aún tiene una fuerte presencia en la ley el modelo tradicional de familia y su jerarquización interna. Una influencia que deriva de considerar a la unidad familiar el núcleo esencial en la sociedad, y por consiguiente con un papel protagonista en el Estado, lo que deriva e influye en el desarrollo de todas las políticas públicas. En este modelo familiar el padre asume la función de proveedor económico de la casa a través del ejercicio de la titularidad principal del derecho al trabajo⁵ (art. 35 CE, art. 37, inciso segundo CS), y la madre la función de cuidadora y educadora de las hijas e hijos (art. 39.2 CE, art. 34 CS) (Martínez López Muñís, 2000: 11–43). Bajo estas estructuras tradicionales familiares parecen no existir chicos y chicas que se atreven a desafiar al sistema migrando sin compañía de un adulto responsable o de un familiar a otro Estado; o aquellos que se emancipan de sus progenitores y trabajan, aun cuando sus familias los puedan mantener; también están los jóvenes que empujados por la pobreza extrema emigran en la búsqueda de trabajo para sí o los «suyos»; e, incluso, aquellos que, aunque no se les otorguen derechos sexuales y reproductivos, los ejercen y se convierten en padres y madres adolescentes. Son estas «otras infancias» las

⁴ La última reforma del Reglamento que desarrolla la Ley de la Juventud se ha realizado en el año 2017. Información disponible en: <http://www.injuve.gob.sv/> [consultado a 6 de marzo de 2019].

⁵ El Salvador, a diferencia de España, contempla la posibilidad de otro tipo de infancia, una «infancia pobre» en la que no es suficiente el salario del padre para mantener a la familia, y en la que se garantiza al adolescente pobre el derecho a trabajar, pero de manera restringida, siempre y cuando sea indispensable para la subsistencia del menor mismo o de su familia (art. 38, 10º de la CS).

que se identifican con los menores extranjeros no acompañados (en adelante MENA).

Bajo las siglas MENA no concurre una sola tipología, sino múltiples tipologías de infancia, que en modo alguno concuerdan con el ideal de infancia y adolescencia afortunada que subyace en las constituciones. Los MENA representan a «otras infancias», «infancias desafortunadas» que los sistemas de protección de menores nacionales no reconocen, salvo que se vean obligados a ello, como ocurre en la actualidad, ante el creciente número de menores inmigrantes no acompañados o padres y madres adolescentes. Unos hechos que convierte a estos niños, niñas y adolescentes en «sujetos desprotegidos», abandonados en origen y en destino.

1.3. Un discurso monocultural sobre los derechos humanos de la niñez y adolescencia

Las normas constitucionales han sido utilizadas para conformar un discurso único sobre los derechos humanos que ignora la historicidad que el mismo conlleva (Fioravanti, 2009). En torno a este discurso se ha construido un prototipo monocultural de infancia dependiente, que rechaza e impide la penetración de otras culturas de infancias independientes. Todo esto se traduce en una forma única de representar la condición humana. Cuando hablamos de «culturas de infancia» lo que se pretende es mostrar la existencia de diferentes paradigmas o representaciones de lo humano, haciendo emerger las contradicciones e incoherencias que muestra el pensamiento único sobre la infancia y la adolescencia real (Cussiánovich Villarán, 2010: 16-17; y 2006: 57).

La cultura de la infancia hegemónica en Occidente tuvo en El Salvador como resultado la supresión de las culturas preexistentes (Figuera Vargas, 2011: 25-26). En Iberoamérica «las administraciones burocráticas de los nuevos Estados cortaron arbitrariamente el espacio sociocultural preexistente, quedando ligada la nación al proyecto de una voluntad política y no a una identidad preexistente» (Delgado Rojas, 2009: 95). «Son las elites liberales europeas las que construyen la nación cultural destruyendo las autóctonas» (Díaz Arias, 2007: 31); la población de América fue clasificada a razón de un nuevo patrón de poder que codificaba las diferencias entre conquistadores y conquistados con base en la idea de raza, y sobre una supuesta diferente estructura biológica que situaba a unos (indígenas) en situación de inferioridad social, económica y

política con respecto a los otros (europeos) (Todorov, 1998: 195-254). Además, a través de este patrón de poder penetran unas determinadas representaciones de lo humano, cuya vigencia se arrastra hasta el día de hoy (Quijano, 2000: 246).

El impacto de la cultura europea en El Salvador explica las semejanzas que encontramos con España, a pesar de sus diferencias, en el tema objeto de estudio (López Ayllon, 1997: 61), y la occidentalización del derecho salvadoreño (Hernández Moncada, 2016: 146-147). Unos hechos que explican la situación de máxima discriminación que viven las niñas, niños y jóvenes pertenecientes a etnias que defienden su propia identidad cultural frente a la occidentalización⁶. En El Salvador se construyó una cultura nacional que abandonaba sus propias señas de identidad, para imponer una cultura homogénea común para toda la nación, que se oponía frontalmente al imaginario social. Cuevas Molina lo tilda de «cultura esquizoide»; pues se construye a través de una mirada admiradora de lo que no se es. Los principios que sirvieron de referencia en la construcción de la cultura jurídica y política en El Salvador variaron en virtud de sus diferentes influencias española, francesa, e inglesa, y por último, en el siglo XX, estadounidense. Lo más grave de esta situación es que no se fue consciente de lo que implicaba a nivel político y social este traslado acrítico de la «cultura liberal» (Cuevas Molina, 2006: 9-17). La falta de adaptación a la realidad latinoamericana y centroamericana, como fue el caso de El Salvador propició que se perpetuaran las viejas estructuras de poder de la «madre patria», y que se reprodujeran las vulneraciones de los derechos humanos a la población autóctona. Una población que se vio excluida y no reconocida desde el origen y conformación del Estado y del marco constitucional salvadoreño, y sometida a patrones culturales occidentales que consideraban injustos por la población.

Esto nos permite concluir que la cultura jurídica-política existente en los textos constitucionales y legislación ordinaria de El Salvador es una cultura etnocéntrica, androcéntrica, adulto céntrica, clasista, patriarcal, ahistórica, apriorística y fuertemente marcada por el capitalismo, caracteres que son ex-

⁶ Este gravamen deriva de asumir un modelo de cultura que no responde a los intereses y necesidades de la élite criolla, quien heredó de la «colonia» los ideales y políticas de asimilación, segregación, discriminación y erradicación de todas aquellas culturas que se oponían o no hundían sus raíces en el liberalismo económico y político, esto es, las culturas indígenas, africanas y populares. El proyecto cultural que se exportó a El Salvador adolecía de las mismas violencias y desigualdades estructurales sistémicas que encerraba el discurso europeo criticado y tratado de superar.

tensibles, quizá en grado diferente a la cultura española (Gaborit et al., 2014: 63). Esto explica que en España y en El Salvador exista una cultura de infancia dependiente y afortunada que está presente en la Constitución española de 1978 y en la salvadoreña de 1983, y que deja fuera del discurso de los derechos humanos a aquellas otras infancias que son las infancias indígenas⁷, las infancias africanas, las infancias populares, las infancias orientales⁸, y las infancias independientes o emancipadas. Lo expuesto hasta el momento nos permite comprender por qué el derecho y el Estado al servicio implantan un modelo económico capitalista en el que los menores son reducidos a seres sin alma, sin razón, sin voz, sin participación social, y expulsados del mundo del trabajo. La objetivación del cuerpo de los niños, niñas y jóvenes hace posible su reducción a cuerpos estereotipados, excluidos del discurso de los derechos y del mundo del conocimiento y ciencia (Clavero Salvador, 1997: 16-23).

Esta situación que es discriminatoria para cualquier niña, niño o joven, lo es aún más para aquellos menores de edad extranjeros no acompañados cuando llegan al Estado de acogida. El país receptor trata a estos menores y adolescentes como inmigrantes, asimilándolos a los adultos, pero al mismo tiempo los trata como menores dependientes de sus familias, y, por consiguiente, como no trabajadores. Estas incoherencias e injusticias se están afrontando desde nuevas instancias de poder a nivel internacional como son, por ejemplo, el Comité de los derechos del niño, el Comité de los derechos de los trabajadores migratorios, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, el TEDH, el TJUE y la CIDH. Esto nos permite decir que desde estas instancias internacionales se están conformando nuevos marcos discursivos sobre los derechos humanos de la niñez y adolescencia, al tiempo que se promueve un modelo de ciudadanía en el que encuentren reconocimiento todos aquellos seres humanos que fueron excluidos del discurso de los derechos en el pasado.

⁷ En la Constitución de El Salvador de 1983 no se reconoce a los pueblos indígenas hasta el año 2014, fecha en la que se reforma el art. 63, incorporando un inciso segundo disponiendo: «El Salvador reconoce a los pueblos indígenas y adoptará políticas a fin de mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores y espiritualidad». DL núm. 707 del 12 de junio de 2014, DO núm. 112, tomo 403 de 19 de junio de 2014.

⁸ La Organización para la Cooperación Islámica (OCI), fundada en 1969, es el segundo organismo internacional con mayor número de Estados miembros tras la ONU. En el año 2004 aprobó la «Convención sobre los derechos del niño en el islam de 2004» que introduce otro tipo de discurso sobre los derechos humanos de la infancia, otra cultura de infancia distinta a la «Convención de los derechos del niño de 1989» de la ONU. Serrano Sánchez y López Cano, 2015: 62.

1.4. El falso individualismo del sujeto de derechos y la exclusión de las y los menores en el marco del Estado-Nación

En este apartado analizaremos si existe en la legislación estatal algún tipo de reconocimiento a las niñas, niños y jóvenes en tanto parte de la ciudadanía política, la ciudadanía civil, la ciudadanía nacional-estatal, la ciudadanía legal, la ciudadanía social (Marshall y Bottomore, 1998: 19-22), y la ciudadanía económica (González García, 2011: 45). Los infantes y adolescentes fueron excluidos de cada una de las vertientes de la ciudadanía, excepto de la nacional-estatal, al serles negados los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y económicos, y quedar sometidos a las estructuras de poder, por el hecho de poseer una identidad cultural común, la nacionalidad. La negación de la ciudadanía política viene establecida expresamente, en el caso salvadoreño, en el artículo 71 CS⁹. Y, en el caso español, en los artículos 12 CE¹⁰, 13.2 CE en correlación con el 23 de la CE¹¹, y el artículo 2.1 de la LO 5/1985, de 19 de junio del régimen electoral general¹². Aun cuando se le reconociera la ciudadanía política, ello no significaría ser sin más sujetos con derechos. Según Hegel, «en la sociedad civil

⁹ El art. 71 de la CS de 1983 dispone que «son ciudadanos todos los salvadoreños mayores de dieciocho años».

¹⁰ El art. 12 de la CE dispone que «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años». Esta mayoría de edad para el acceso a la ciudadanía plena en el caso español fue reducido de 21 años a 18 años por el RD Ley 33/1978, de 18 de noviembre, sobre mayoría de edad cuyo preámbulo reza «El límite legalmente establecido para la mayoría de edad de los ciudadanos, como determinante del momento de la incorporación de éstos a la plenitud de la vida jurídica alcanzando la plena capacidad de obrar en los campos civil, administrativo, político o de cualquier otra naturaleza ha sufrido en nuestro ordenamiento, como en el de los restantes países de nuestra área cultural, una progresiva reducción fundada en que la instrucción recibida durante una escolarización más prolongada y la abundante información de la que hoy dispone la juventud ha hecho a esta apta para hacer frente a las exigencias de la vida a una edad más temprana que en pasados tiempos y que la reducción de la edad de la mayoría tiende a favorecer el desarrollo del sentido de la responsabilidad de los jóvenes» (BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1978).

¹¹ El art. 13.2 de la CE dispone que «Solamente los españoles serán titulares de los reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, puedan establecerse por tratado o ley para el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». El art. 23 de la CE dispone que «Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes».

¹² El art. 2.1 de la LOREG dispone que «El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente».

cada uno es fin para sí mismo, y todos los demás no son nada para él, pero sin relación con los demás no puede alcanzar sus fines; los otros son, por lo tanto, medios para el fin de un individuo particular» (Olivas Cabanillas, 2012: 448). Esto implica que los ciudadanos no son sujetos de derechos por el simple hecho de pertenecer a una comunidad política, sino que se requiere, además, de una participación activa en las estructuras de poder social. Por lo tanto, si queremos dar entrada a los infantes y adolescentes en la ciudadanía política debemos al mismo tiempo desarrollar las formas en las que pueden participar según su edad y desarrollo personal en la sociedad. Esta ruptura con el modelo tradicional aportaría oxígeno a los menores inmigrantes no acompañados (Cortina, 2003: 62-63), pues les permitiría un cierto reconocimiento y derechos. Recordemos que los menores de edad nacionales son sujetos-objeto de discurso de derechos humanos por razón de su nacionalidad, los menores inmigrantes no acompañados ni tan siquiera son sujetos-objeto del discurso de los derechos humanos del Estado receptor, en cuanto no ostentan la nacionalidad de éste.

También les está negada a los menores de edad la posibilidad de acceder a la ciudadanía civil o social, y, por ende, al catálogo de derechos civiles y políticos del Estado (Antxustegi Igartua, 2010: 151-165); vertientes de la ciudadanía vinculadas al derecho a ser oído del niño, niña y adolescente, derecho a la participación y evolución de sus facultades del adolescente, e incluso con la libertad de asociación y de reunión de los adolescentes trabajadores.

La «ciudadanía pasiva» u objetivada a la que han sido condenados los menores de edad, niños, niñas y adolescentes en la estructura jurídica, política y social del Estado-nación, con independencia de la edad que ostenten y de la evolución de sus facultades, se contradice con el nuevo catálogo de derechos y libertades que desde el ámbito internacional se les está reconociendo de manera diferenciada atendiendo a su etapa del desarrollo humano. Y también con la voluntad del adolescente en general, y del inmigrante no acompañado en particular. De acuerdo con Carlos Iván Orellana:

Se migra para buscar la ciudadanía. La migración refleja la tensión propia de la aspiración persistente y legítima a una ciudadanía más plena. Migrar deviene en un proceso de búsqueda de eso que nunca se encontró, que resulta insatisfactorio o que se ha erosionado y que, de manera complementaria, parece posible alcanzar en otro lugar. (Orellana, 2014: 364)

El o la adolescente inmigrante no acompañado no esperan obtener todo del «Estado-providencia» receptor, ni tan siquiera lo esperan del Estado emisor,

solo desean tener un papel protagonista, de manera temporal o permanente, en una sociedad y en un Estado concreto (Cortina, 1998). Su nacionalidad solo les conecta a un teórico sentimiento de pertenencia y a una identidad cultural común (creados de manera artificial por parte del poder estatal), y a un sistema de protección de menores concebido para activarse de manera subsidiaria cuando falle la familia al menor.

El sentimiento de pertenencia no se adquiere solo por el hecho puntual de nacer en un Estado y ostentar o adquirir una nacionalidad, ni tan siquiera por el hecho de ser hijo de un nacional. El vínculo de la persona con el Estado es de carácter emocional y sensorial, y estas emociones y sentimientos los proporciona la familia, la sociedad y el hecho de ser titulares de derechos humanos (sujetos con derecho a tener derechos). Todos los menores de edad necesitan sentirse parte de un proyecto en común, de un grupo humano. Por este motivo, son claves la familia, el contacto con los otros, la sociedad, y la participación en las estructuras e instituciones sociales. Hay que rediseñar la relación entre nacionalidad y ciudadanía, para lograr que en la sociedad y en el Estado tengan cabida los nacionales y los que no lo son, los menores de edad y los adultos (Rubio Castro y Moya Escudero, 2003: 105-153).

Los MENA continuarán llegando a nuestros países, las violencias y discriminaciones que sufren no los detendrán. De ahí que sea urgente modificar los discursos y las categorías jurídico-políticas para que sea posible desarrollar un sentimiento de pertenencia, de apego en cada uno de los Estados por los que discurre la trayectoria vital del ser humano. Cuando ignoramos y excluimos a estos menores inmigrantes los hacemos víctimas de las redes de tráfico internacional peligrando su vida y su dignidad humana; y también los empujamos a ser captados por grupos terroristas poniendo en peligro su vida y la de otros.

En unos momentos en los que tanto se habla de seguridad, hay que recordar que sin justicia e igualdad ésta no existe (Gutiérrez Castillo et al., 2016). Defendemos que, a los MENA, como al resto de los menores de edad, se les reconozca la ciudadanía, desde el momento mismo en que se les otorga la residencia. Hay que oírlos, y tenerlos en cuenta en cualquier decisión que se adopte con respecto a sus vidas, lo que implica reconocer que en cualquier sociedad conviven distintas culturas de infancia y adolescencia.

En cuanto a la ciudadanía formal, al estar ligada al principio de igualdad ante la ley y a la categoría de sujeto de derechos resulta en el contexto actual prácticamente imposible de alcanzar para todos los menores de edad y más aún para los MENA, a pesar de haberse reconocido en 2015 a los MENA en el

sistema español de protección de menores. Montes Meana señala que existen cuatro grupos diferenciados de MENA cuyo grado de desamparo varía de un caso al otro. Están los MENA con referentes válidos en sus países de origen, pero emancipados de hecho. Son menores que vienen con el consentimiento de sus familiares, para ganar dinero y mandarlo a su país de origen. También estarían los niños de la calle que proceden de familias rotas y han perdido sus vínculos familiares, los menores delincuentes que han sido captados y utilizados por redes de tráfico de drogas, de personas, pequeña delincuencia callejera o prostitución, y los inmigrantes de segunda generación. Estos últimos, aunque se les haya reconocido la primacía de su condición de menor sobre su condición de no nacional y de irregular, y se le haya incorporado al sistema de protección de menores nacional como sujeto titular de ese derecho (art. 10.3 LOPJM), no acceden al catálogo de cuidados alternativos al que sí acceden los menores nacionales huérfanos, desamparados o abandonados, como son el acceso a una familia de acogida o la posibilidad de que sean adoptados. Tampoco acceden a la plena capacidad de obrar a la que sí acceden los menores nacionales emancipados o los no emancipados y autorizados por los padres (De Montes Meana, 2005: 144-145).

En cuanto a la vertiente de la ciudadanía económica, al girar en torno al sistema educativo y el empleo asalariado, es difícil de alcanzar (Feregrino Basurto, 2015: 30). No solo porque la nacionalidad es un elemento de exclusión, lo es también por no poderse integrar en el mercado de trabajo como un trabajador asalariado más.

La relevancia del mercado en materia de derechos humanos viene establecida por la hegemonía que en el interior del Estado-nación tiene el modelo económico capitalista vinculado a un sistema educativo creador de trabajadores. Esto nos lleva a afirmar que la «ciudadanía económica» está pensada para aquellas personas que tienen la formación adecuada para el desempeño de un puesto de trabajo. Este hecho dificulta el acceso al mercado de trabajo de los menores de edad en general, pero se hace aún más difícil en el caso de los jóvenes inmigrantes no acompañados a pesar de tener edad suficiente para poder trabajar conforme a la legalidad vigente.

En España y El Salvador el rol social de proveedor económico en la casa lo tiene preferentemente el padre de familia, por lo tanto, los hijos e hijas solo podrán acceder al mercado laboral mediante su autorización o consentimiento, o mediante su emancipación. Quien ostenta la patria potestad del menor o su representación legal es quien le reconoce la plena capacidad de obrar al

menor para poder formalizar un contrato de trabajo y acceder al mercado laboral, y, por lo tanto, le autoriza el acceso a la ciudadanía económica. Este es el principal problema de «integración» al que se ve sometido el adolescente extranjero no acompañado.

El MENA cuando accede al territorio español y no se le puede retornar, no se le reconoce plena capacidad de obrar y, por tanto, tampoco acceso a la ciudadanía económica. A pesar de que el MENA esté emancipado *de factum* de sus progenitores, porque está separado o solo, en la mayoría de las ocasiones por voluntad propia o con la autorización de sus progenitores, cuando llega al Estado de acogida y no puede ser retornado se le otorga el estatus de «menor desamparado», «menor en situación de riesgo», «menor abandonado» o «menor huérfano», siendo la administración pública quien asume el rol social parental o de cuidador y quien debe reconocerle la plena capacidad de obrar y el acceso a la ciudadanía económica. Hoy en día, no se les cataloga como «menores extranjeros emancipados» o «menores extranjeros no emancipados, pero con autorización parental para trabajar», lo que les facilitaría el acceso a la ciudadanía económica como menores y extranjeros.

La administración pública española, por regla general, cuando tramita la residencia de un MENA que no puede retornar, le otorga una simple autorización de residencia, pero no de trabajo, aunque, en muchas ocasiones, se les otorga exceptuación. Este hecho ha sido denunciado por Save the Children junto a la Associació Noves Vies y la Fundación Raíces, quienes han presentado un informe ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas por el hecho de conceder una autorización de residencia sin trabajo, lo que implica la violación de los derechos reconocidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 que España y El Salvador tienen firmado y ratificado (Recasens, 2018). Sobre el tipo de autorización que se le concede al MENA y la problemática que conlleva profundizamos en el capítulo 2.

En España, los menores de 16 y 17 años siempre que tengan familia y no estén emancipados necesitan de una autorización parental para poder trabajar por parte de quien ejerce la patria potestad del menor o de su tutor legal. Mientras no tenga esa autorización, el menor válidamente no puede firmar un contrato de trabajo. Una autorización que no es necesaria en el caso de los menores emancipados, quienes cuentan con la capacidad de obrar necesaria para prestar su consentimiento y concluir un contrato de trabajo. El MENA que viene a España en busca de un trabajo se encuentra con cuatro límites

legales en el ejercicio de su derecho económico al trabajo: la edad mínima para trabajar; la formación mínima requerida para el desempeño del puesto de trabajo; la necesidad de homologar o convalidar sus estudios previos en el país de origen o título académico; y el tipo de autorización de residencia que le tramita, por norma general, la administración pública del Estado de acogida (Cortina, 2001).

Los Estados-nación reproducen el sistema económico neoliberal y un «edadismo» institucional que marca el sentido de las políticas sociales y de la ciudadanía social, al tiempo que practican una política nacionalista que impide el acceso de estas otras infancias extranjeras emancipadas, de hecho, de sus progenitores, y que reclaman ciudadanía económica cuando llegan al país de acogida. Eduardo Bustelo sostiene que con la aparición del Estado moderno se establece un nexo entre el modelo económico y la ciudadanía, provocándose un cambio conceptual en la noción de ciudadanía. Él identifica dos modelos de ciudadanía: la «ciudadanía activa» y la «ciudadanía emancipada». El primer modelo promueve una política económica neoconservadora, mientras que el segundo da origen al estado de bienestar. Un modelo de Estado este último que convierte a las instituciones políticas en garantes del orden económico y en protectoras de las clases sociales más necesitadas, a través del reconocimiento de los derechos económicos y sociales y a la ampliación del contenido del principio de igualdad formal, real y efectiva (Bustelo, 1998: 1-14). Un desarrollo del principio de igualdad que no se traslada a los menores nacionales emancipados, o no emancipados nacionales, pero con autorización parental para trabajar, y menores extranjeros emancipados o con autorización parental para trabajar en el país de acogida. Arce Jiménez señala a la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado español, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo, como la máxima expresión de cómo se excluye a los MENA mayores de 16 años que acceden al territorio español con la intención de trabajar (Arce Jiménez, 2005: 153-159). Los derechos económicos y sociales les son negados a los MENA por el hecho de ser menores, de ser extranjeros, y haberse saltado las normas adulto-centristas de no viajar o permanecer solos en un país ajeno, sin la compañía de sus progenitores o tutor legal correspondiente.

Actualmente los debates en torno a una ciudadanía económica activa se centran, en España y en El Salvador, en el desarrollo de políticas sociales cuyo fin es ante todo «contener» la amenaza de la pobreza y sus riesgos. Una

amenaza que afecta especialmente a los MENA, y que pone en crisis las políticas en curso como consecuencia de partir de un modelo limitado de «niñez» (la niñez emancipada y la que cuenta con autorización parental para trabajar). Los cambios efectuados a nivel político y jurídico en materia de ciudadanía en los últimos años no han supuesto un avance o eliminación de los obstáculos hasta el momento descritos, al contrario, en algunos casos han supuesto un endurecimiento de estos. Como consecuencia cabe afirmar la falta de eficacia del discurso de los derechos humanos como líneas rojas de protección de las personas frente al poder (Rubio Castro y Moya Escudero, 2011: 183-227). Por esta razón, «el trabajador y el ciudadano son sujetos de derechos individuales y colectivos; y el pobre, en el mejor de los casos, es sujeto de asistencia» (Quinteros, 2011: 272). Una categoría, esta última, en la que cabe incluir a los MENA.

El discurso de los derechos humanos gira en la actualidad alrededor de la rentabilidad que tiene la persona para el sistema capitalista. Aquel que trabaje y pague impuestos será un «buen ciudadano», mientras que los desempleados, los pobres, los menores, serán rémoras para el Estado y factor de riesgo para la seguridad y el bienestar social, al depender de las ayudas del Estado para su subsistencia (Bauman, 2011: 130-285). Precisamente los MENA forman parte de ese colectivo de pobres, y, por ende, representan una «carga económica» en cuanto que, por su condición de menores, de no nacionales, y de irregulares, no pueden acceder legalmente al ejercicio del derecho de trabajo y a obtener la independencia económica necesaria para poder autosostenerse en el Estado de acogida. Esta valoración de los MENA como un coste deriva del hecho de considerarlos menores extranjeros dependientes aún de sus progenitores. En otras palabras, las estructuras de poder del estado-nación conforman, a su vez, unas estructuras sociales, políticas, jurídicas y económicas inequitativas, al tiempo que un orden socio-ideológico naturalizado (Femenías, 2011: 97). Al vincularse el discurso de los derechos humanos, ciudadanía y fuerza de trabajo, se ocultan o menosprecian todos aquellos trabajos que se llevan a cabo fuera del mercado de trabajo. Trabajos a los que incorporan gran parte de los inmigrantes (Rubio Castro, 1997b: 31-33; 1996: 24-25; y 2010: 335-356).

Concluimos que las niñas, niños y adolescentes, con independencia de su nacionalidad, están sometidos a normas y directrices elaboradas sin su participación y sin ser escuchados. A pesar de poder en España estos menores trabajar a partir de los 16 años, estar dados de alta en seguridad social y cotizar, examinarse del carné de conducir de coche a los 17, o incluso casarse y eman-

ciparse a los 16 años, y ser madres o padres, no se les da la oportunidad de participar en el espacio público o en la elaboración de políticas que les afectan. Un hecho que se agrava para los MENA que no son retornados a su Estado de origen y que no son captados por las autoridades del Estado de acogida, pues se les obliga a trabajar en la economía sumergida. Sostenemos con Matías Cordero que son el «adulthood» y el capitalismo hegemónico imperantes los que deciden excluir a los MENA, prohibiéndoles el trabajo, no por no resultar rentables, sino para reforzar su carácter dependiente de los padres y madres, y que estos tengan una enorme dependencia del mercado laboral (Cordero Arce, 2015a: 87-127). Únicamente, serán los hijos e hijas de los pobres los abocados a trabajar por necesidad, y sin la formación requerida, en cuanto que suponen una pieza clave para el sostenimiento de sus familias¹³. Los MENA que decidan quedarse en territorio ajeno formarán parte del colectivo de los pobres aun cuando adquieran la mayoría de edad, al no reconocerles el Estado de acogida la ciudadanía económica, lo que resulta sorprendente pues se les exigen medios económicos para renovar la autorización de residencia una vez que llegan a la mayoría de edad.

Haber mostrado la estrecha relación entre el Estado y la economía, o entre la nacionalidad, la ciudadanía y el acceso a una subjetividad plena, no explica suficientemente por qué se les niega a los menores de edad en general el reconocimiento como sujetos sociales y ciudadanos, y de un modo especial a los MENA. Una parte de la doctrina argumenta que en las sociedades contemporáneas existe miedo a la igualdad y al cambio, así como a la heterogeneidad del «demos». Esto explica que se instaure el miedo a lo desconocido, lo que hace que se cierren todas las vías de acceso a un cambio en las reglas democráticas que rigen la sociedad. Se establece un absoluto totalitarismo tiránico que rechaza *a priori* cualquier cambio, y desde el que se legalizan violaciones de derechos humanos en nombre de la protección de su pueblo o de una etnia determinada en un determinado territorio (Medeiros Ferreira, 1996).

¹³ En El Salvador el derecho al trabajo se les reconoce a los adolescentes, pero de forma limitada. De acuerdo con el art. 38, 10° de la CS los adolescentes pueden trabajar «cuando se considere indispensable para la subsistencia de estos o de su familia». En el caso de que fueran menores de 14 años, podrán trabajar siempre y cuando hayan acabado los estudios conducentes a la obtención de la enseñanza obligatoria. La jornada de los menores de 16 años no puede ser mayor de 6 horas diarias y de 34 horas semanales, en cualquier clase de trabajo. Y se le prohíbe el trabajo nocturno y las labores peligrosas o insalubres.

Todas estas violencias, que afectan muy específicamente a los MENA en la sociedad de acogida, provocan no solo situaciones de discriminación, también expulsión de la sociedad en la que se vive y se está¹⁴. Al negarles el Estado el derecho al trabajo a estos adolescentes les está impidiendo el sentido de pertenencia e identidad a una sociedad, a la construcción de un proyecto propio de vida y de cuidado, y sentirse orgullosos de su esfuerzo y valentía al emigrar (Cordero Arce, 2015a: 87-127). Se les está condenando, en definitiva, a que cuando adquieran la mayoría de edad, y, por lo tanto, la ciudadanía política (a los 18 años), en el caso de que adquieran la nacionalidad del Estado de acogida, formen parte de los «pobres», de los excluidos. Esto es, se les abandona a su suerte al quedar fuera de la mirada del derecho y del discurso de los derechos. Esto explica la fractura que se está gestando a nivel conceptual entre derechos humanos (para los excluidos) y derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos para los integrados y reconocidos como ciudadanos.

Todo lo argumentado nos permite sostener, junto a Ana Rubio Castro, que los retos actuales del pensamiento jurídico político pasan por visibilizar los cambios económicos, políticos y sociales experimentados en las últimas décadas y por replantear desde otro enfoque los viejos problemas. Estamos hablando de cómo debería ser el modelo productivo del Estado; el modelo de Estado y de poder; los modelos de representación política y participación, incluso un nuevo sujeto político, un nuevo «nosotros» desde el que reivindicar la soberanía estatal. Y nos referimos, además, a la necesidad de cambios en el discurso de los derechos humanos con el fin de adecuar los discursos y las categorías jurídicas al nuevo contexto socioeconómico y político. El viejo nacionalismo y la rigidez y parcialidad de las categorías personales básicas impiden dar pasos cualitativos hacia un nuevo modelo de ciudadanía y de democracia, en el que tenga cabida lo global y lo local. Esta sería la única manera de contrarrestar los daños ocasionados por el poder económico en toda la población en general. Daños que se ven incrementados en el caso de la población inmigrante, quienes sufren los efectos de la economía global unidos a las violencias que generan las estructuras tradicionales de poder (Rubio Castro, 2017b: 193-209).

¹⁴ Los MENA en el mejor de los casos son explotados por personas físicas o jurídicas que contratan mano de obra juvenil, y en el peor de los casos terminan siendo víctimas de trata, e incluso niños de la calle con problemas de drogas, alcohol y otras adicciones que viven al margen del Estado y de su sistema de protección nacional de menores.

1.5. Las falacias del discurso de los derechos humanos y su impacto en los MENA

La distinción jurídica que a nivel constitucional se establece entre derechos humanos y derechos fundamentales evidencia la falta de universalidad que envuelve a la positivización de los derechos individuales. Los derechos fundamentales no corresponden a la humanidad, no son universales, se les reconoce exclusivamente a los nacionales. Nos posicionamos junto a Pérez Rivas al señalar que:

los derechos fundamentales pueden ser explicados única y exclusivamente a partir de los derechos humanos, pero no a la inversa. En otros términos, si los derechos humanos son considerados como ideales o paradigmas consolidados para la humanidad en su conjunto, los derechos fundamentales aparecen como la materialización de dichas ideas en la protección que un Estado de Derecho realiza respecto a sus ciudadanos. (Pérez Rivas, 2013: 20)

Por ende, los derechos fundamentales no representan ni protegen a la humanidad, sino a los que forman parte de su «urbe»; son derechos fundamentales, los derechos universales que se predicen de la ciudadanía¹⁵. Se formaliza de este modo una definición de los derechos fundamentales en las constituciones que asume como cierta y única la premisa de que los derechos fundamentales solo pueden predicarse de los nacionales-ciudadanos reconocidos por la Constitución. Sin embargo, no es ésta la única forma de entender los derechos fundamentales. Para Ferrajoli son derechos fundamentales «todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar» (Ferrajoli, 1999: 37). Atendiendo a la anterior definición los menores migrantes no acompañados tienen derechos fundamentales por su estatus de personas. No obstante, cabe recordar que no son reconocidos como ciudadanos y tampoco se les reconoce la capacidad de obrar como resultado de una construcción tautológica y funcional del estatus de ciudadanía.

Los menores inmigrantes no acompañados por su condición de menor, en principio tienen derecho a tener derechos, pero no a ejercerlos al tener

¹⁵ El modelo de ciudadanía utilizado en cada etapa histórica se vincula con una cultura política y una identidad concreta. Al respecto, el concepto de identidad tiende a construirse de acuerdo con el entorno sociohistórico concreto que se esté estudiando.

limitada la capacidad de obrar y no ser nacionales. A esta tautología hay que sumar la falacia realista que existe en torno a la eficacia de los derechos y libertades recogidos en la Constitución. La mera declaración de derechos y libertades en un texto jurídico no garantiza sin más su ejercicio y su eficacia. La ciudadanía formal¹⁶ no otorga automáticamente el ejercicio de la plena ciudadanía, tal y como venimos demostrando a lo largo de las últimas páginas¹⁷. La confusión entre ciudadanía y nacionalidad no es casual, sino que responde al sustrato ideológico sobre el que se construyó el constitucionalismo moderno.

La condición de nacional deriva de la constitución jurídica del Estado, pero no de la ciudadanía que es un estatus previo a la existencia de cualquier Estado, tal y como demuestra la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789. La cesión de derechos que hacen los ciudadanos al Estado, para transformar derechos naturales en derechos positivizados, está condicionada al reconocimiento y protección de los derechos individuales y es, por lo tanto, provisional (sujeta al poder constituyente del pueblo soberano), en tanto el poder estatal es un poder limitado. Por consiguiente, cuando se violan o no protege el Estado los derechos cedidos o alega supuestos derechos propios, es legítima su disolución (Serrano Moreno, 2009: 291).

A la luz de estos argumentos, entendemos que el sistema de garantías y protección de los derechos humanos no debe estar al servicio de unos pocos, sino que debe atender con carácter universal, de manera temporal o permanente, a todas aquellas personas que se encuentren desempeñando sus funciones vitales en el territorio del Estado del que no son nacionales, protegiendo así su derecho a la vida, libertades de circulación y establecimiento. También entendemos que el aparato jurisdiccional y democrático del Estado debe garantizar la justicia y la paz social universal. Las instituciones democráticas, al contrario de lo que sucede cuando se mantiene la conexión entre ciudadanía y nacionalidad, deberían estar al servicio de toda la población. De estos argumentos cabe deducir que, aunque los extranjeros, y en concreto los menores de edad, carecen de la nacionalidad del Estado receptor como de ciudadanía, y, por ende, de titularidad de derechos fundamentales, son tal y como sostiene Javier Muguerza «sujetos morales».

¹⁶ Ciudadanía formal referida a la ciudadanía reconocida y recogida en las constituciones, es decir, legal.

¹⁷ Ciudadanía plena referida al disfrute de los derechos en igualdad y plenitud entre todos los miembros de la sociedad.

Los menores inmigrantes no acompañados serían

sujetos morales que pueden aspirar, y aspiran de hecho, a ser reconocidos como sujetos de derechos. Y entre dichas aspiraciones figura como primordial la de su reconocimiento como sujeto de derechos humanos. En un cierto sentido, éste sería el primer derecho humano y hasta la quinta esencia de cualesquiera otros derechos humanos, a saber, el derecho a ser sujeto de derechos. (Muguerza, 1989: 50)

Por consiguiente, es posible defender la existencia de derechos para las personas, y menores, fuera del marco constitucional, al existir unos mínimos éticos que todo Estado no debe violar, esos mínimos éticos son los derechos humanos. Unos derechos que tal y como defiende Ferrajoli son derechos fundamentales de cualquier persona.

Una vez defendida la idea de que toda persona, adulta o menor, tiene derechos fundamentales por el hecho de ser persona (Ferrajoli), el paso siguiente es concretar los mínimos éticos que deben ser considerados derechos fundamentales y como tales protegidos y garantizados por cualquier Estado (Rodotà, 2014: 135-283). Estos mínimos éticos están plasmados en el derecho internacional y regional de los derechos humanos.

En este sentido, debemos advertir que los derechos humanos y sus sistemas de protección no se agotan en los sistemas nacionales, aunque exista un alto nivel de constitucionalización de tales derechos. Sirva como ejemplo, la existencia de pactos sociales de ámbito regional e internacional, los cuales han provocado grandes cambios en las obligaciones del Estado nación, dando lugar a otras ciudadanías y a límites morales infranqueables por los Estados. En esta línea cabe destacar el pacto social internacional forjado tras la II Guerra Mundial, recogido en la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948 cuya comunidad política se identifica con los Estados que conformaron la ONU. Y pactos como los que dieron nacimiento al Convenio Europeo de derechos humanos de 1953 y la creación del Consejo de Europa en 1949, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000 y la Unión Europea en 1993 (predecesora de la Comunidad Económica Europea formada en 1957), o la Convención americana de derechos humanos de 1969 y el nacimiento de la Organización de Estados Americanos en 1948. Convenios o pactos políticos y sociales que establecen un nuevo catálogo de derechos y libertades, así como de sistemas de garantía de los derechos humanos, que exceden el espacio limitado de los Estados na-

ción, y desde los que queda legitimado afirmar que las personas tienen derecho a tener derechos, como ya defendiera en el pasado Hanna Arendt, y retomará Rodotà.

2. EL SISTEMA DE GOBERNANZA DE LOS DERECHOS HUMANOS: CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS MENORES MIGRANTES

Las estructuras de poder conformadas por el Estado nación (familia, sociedad, Estado, ciudadanía, nacionalidad, discurso monocultural, sujeto con derechos, titularidad de derechos fundamentales), tal y como hemos visto en los números anteriores, se han visto afectadas radical y especialmente por los altos flujos migratorios de la niñez migrante, la incorporación de los Estados a organismos regionales e internacionales, y la globalización de la producción, los mercados e incluso la cultura (Prats i Català, 2001: 93). Unos hechos relevantes en materia de derechos humanos de la niñez y adolescencia que han provocado que se tambaleen los pilares tradicionales sobre los que se forjaron las categorías jurídico-políticas personales básicas, así como los sistemas de protección de los derechos reconocidos por los Estados.

La soberanía nacional exclusiva se ha visto fuertemente limitada, lo que ha provocado la extensión de los derechos humanos reconocidos de los nacionales a los no nacionales, por parte de nuevos actores internacionales. Alteración que debe abordarse en este capítulo por su impacto en los Estados receptores de migración y MENA. Con esta finalidad expondremos cuáles son los elementos principales del Estado nación que se han visto afectados. Un cambio que se ha experimentado en los elementos materiales o sociológicos del Estado (una población, una misma cultura, un territorio definido, y una organización político-económica) y en los elementos formales o jurídicos (la soberanía estatal desde los que se constituía el Estado, la ciudadanía y el reconocimiento del sujeto con derechos) (Calduch Cervera, 1991: 139-146).

2.1. Desmitificación y protección de la niñez inmigrante no acompañada en el nuevo orden social y económico del Estado

La crisis del Estado nación a la que asistimos deriva de la modificación de su elemento sociológico (la población), de la pérdida de control sobre su territorio y de los cambios en la organización político-económica, fruto de la

mundialización de la economía y de los mercados. Pero también del hecho de haber perdido legitimidad los principios que fundamentaron la necesidad del Estado y la obediencia debida a las instituciones. En la etapa de confusión y de incertidumbre en la que nos encontramos, se impone el discurso del miedo y la hegemonía de la seguridad frente a la justicia social y la igualdad. Cuando esto ocurre, nos convertimos todas las personas «en socialmente distantes, aunque físicamente cercanas. Forasteros dentro de nuestro alcance físico. Vecinos fuera del alcance social [...] en agentes y objetos de un intercambio», dominados por el arte del desencuentro, y los otros son percibidos como presencias irrelevantes para la propia individualización y para una buena vida. No solo estamos desactivando los puentes desde los que construir consenso y compromiso social, también estamos dejando pasar las oportunidades que toda crisis abre para conformar nuevas representaciones y sentido de vidas (Bauman, 2009: 172-173).

No se puede desarrollar una nueva forma de hacer política, ni crear un nuevo discurso sobre derechos humanos fuera de las instituciones, o al margen de las luchas y movimientos pro-derechos humanos. Por esta razón, se necesitan, más que nunca, espacios de traducción y de encuentro entre los diferentes movimientos sociales y enfoques epistemológicos, a fin de conformar nuevas narrativas y valores sociales, que sirvan de base moral y política para legitimar y desarrollar un nuevo modelo político y constitucional, esta vez sí inclusivo, tanto a nivel local como global, dada la amplitud de responsabilidades que hoy han de asumir los Estados. Defendemos que los mejores espacios de encuentro y traducción son en este momento las instituciones y el derecho internacionales humanitario, al hacer en todo momento el esfuerzo por adaptar las normativas estatales a la realidad y a las necesidades de las personas.

La niñez migrante no acompañada ha logrado el reajuste del sistema internacional de derechos humanos. Y, asimismo, está consiguiendo la actualización del sistema nacional de derechos humanos a través de las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados con respecto a la niñez y la adolescencia. Este logro se ha iniciado con el ensanchamiento del sistema de protección nacional de menores para dar cabida a la niñez inmigrante que accede al territorio ajustándose, o no, a la «legalidad» del mismo. Una legalidad cambiante que se readapta a los nuevos requerimientos internacionales con respecto a los menores en general, y a los no nacionales en particular.

El primer paso en el proceso de cambio se produce con la contemplación de la libertad de circulación y de residencia de ciertos extranjeros facilitando

el tránsito de trabajadores y de capitales, y creando nuevos estatutos personales (Moya Escudero, 2012: 661-676). Un hecho que la sociedad monocultural y homogénea estatal se ve obligada a realizar como consecuencia de los cambios producidos en la economía. El nacimiento de esta nueva sociedad multicultural y heterogénea (efecto secundario de la globalización social y económica que ha afectado a todos los Estados) es consecuencia lógica de la ruptura de las fronteras, el fin de los aranceles (aunque ahora se asiste a un renacimiento de estos), la libre circulación de empresas, capitales y mercancías. Era lógico que a la globalización de los mercados le sucediera un fuerte incremento de los flujos migratorios, puesto que la mano de obra se desplaza allí donde hay trabajo y futuro (Capella Hernández, 2016).

Los Estados se encuentran sometidos a las dictaduras impersonales de los mercados financieros y del neoliberalismo político, lo que reduce extraordinariamente su capacidad de decisión y los pone en manos de las grandes élites económicas y financieras mundiales, y todo ello sin sistemas de control adecuados para su contención. Esta realidad no solo pone en crisis el modelo del Estado nación, también pone en riesgo a la propia población y sus derechos (De Sousa Santos, 2015: 22-23). Nos encontramos ante un Estado que sufre los efectos de la globalización perdiendo su *autoritas* o *potestas* en la gobernanza de los derechos humanos. Un Estado cuya población cambia como consecuencia de las corrientes migratorias, y cuya economía está sometida a los vaivenes del mercado mundial. Por esta razón, desde las organizaciones internacionales de carácter económico se empuja a los Estados miembros a llevar a cabo cambios estructurales e institucionales significativos. Estamos hablando de la Comunidad Económica Europea (actual UE) en el caso de España, y de la Comunidad Económica Centroamericana (actual Sistema de Integración Económica Centroamericana), en el caso de El Salvador¹⁸.

Como resultado de estas actuaciones, los Estados llevan a cabo reajustes en el estatus de ciudadanía, dando entrada en ella a la «ciudadanía económica y política» de los nacionales de los Estados miembros de la UE o del SICA, para poder legitimar la libertad de circulación y residencia de ciertos extranjeros entre los países que conforman el mercado interior (Cruz López y Zeledón Guzmán, 2013: 33-61). Las organizaciones internacionales

¹⁸ Creado por el Tratado General de Integración Económica Centroamericana de 1960 y sus protocolos modificatorios.

anteriormente mencionadas incorporaron un nuevo significado al binomio ciudadanía/nacionalidad, y emitieron normas que coadyuvaban a facilitar la movilidad de las personas, lo que afectó y afecta a la diversidad de la población española y salvadoreña (Serrano Sánchez, 2019a). Por consecuencia, de estos cambios emerge una población heterónoma y vulnerable, y un Estado debilitado incapaz de controlar y proteger plenamente a las personas que viven y trabajan en su territorio, al tiempo que se muestra obsesionado por la seguridad de sus fronteras y por la población residente (Moya Escudero, 2014: 187-212). Una seguridad fronteriza e intrafronteriza que escapa a su control, y que queda en manos de organizaciones internacionales a las que los Estados han cedido parte de su soberanía (Bauman, 2008: 125-127). Sirvan como ejemplo los cambios experimentados en la libertad de circulación y residencia, en la legislación española, en concreto en el artículo 19 de la CE, donde dicha libertad se extiende a los ciudadanos comunitarios y a sus familiares por vía del derecho de la UE (art. 18 TCE)¹⁹, y, en ocasiones, a los extranjeros (nacionales de terceros países) residentes legales por el Tribunal Constitucional²⁰. En El Salvador, aunque en un primer momento como fue el caso español solo reconoció esa libertad a sus nacionales (art. 5 CS), la ensanchó por vía del derecho comunitario centroamericano y del Tratado del CA-4 a los nacionales de los Estados parte (Sandoval y Rommell, 2010), si bien con límites (Soto Moya, 2008: 163-178). Unos límites tasados por ley, y desarrollados y aplicados de forma motivada. Esto supone limitar el poder de los Estados, aunque siempre tienen margen para poner trabas y entorpecer el acceso y disfrute de los derechos humanos a estas poblaciones, con base en la protección de la economía del Estado receptor (Elvira Perales, 2003). En el ámbito de la UE, de acuerdo con la normativa europea se podrán establecer límites a la libertad de circulación y de residencia por motivos económicos, seguridad y orden público, tanto a los extranjeros regulares de terceros Estados como a los ciudadanos comunitarios. La jurisprudencia del TJUE también ha considerado que los Estados miembros pueden limitar la libertad de circulación y residencia de los nacionales de otros Estados miembros por

¹⁹ *Vid.* art. 18 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE); art. 3.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE); art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); títulos IV y V del TFUE; y art. 45 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

²⁰ *Vid.* SSTC 94/1993, de 21 de marzo; 242/1994, de 20 de julio; y art. 5 LOEx.

razones legítimas y objetivas de «interés general» (Acosta Penco, 2016: 27-40). En nuestra opinión, este interés se centra en contener la amenaza de la pobreza ajena. Esto es, se reenvía al Estado y a sus estructuras de poder (familia, sociedad, y Estado) la responsabilidad sobre el cuidado o protección social de sus propios nacionales. Una protección basada ante todo en el control de fronteras y la seguridad, y no en la justicia social y el respeto a los derechos humanos, como debería de ser.

Todo lo anterior nos permite deducir que las personas son excluidas y subordiscriminadas en el nuevo sistema de protección de derechos humanos tanto nacional como regional, con independencia de su nacionalidad, esencialmente por dos factores: pobreza y migración. Factores que confluyen en el caso de los MENA, sobre todo en aquellos que han nacido en países en vía de desarrollo o muy afectados por la pobreza (Ribas Mateos, 2005: 27-55). Países que, por otra parte, conservan unas estructuras jurídico-políticas opresoras de los menores en general, y de los menores extranjeros en particular, por su condición de menores y por su condición de no nacionales. Todo lo descrito no lleva a sostener que los MENA no serán los únicos que sufran las consecuencias del discurso neoliberal, puesto que más pronto que tarde todos los límites impuestos en materia de protección y garantía de los derechos humanos acabarán afectando a toda la población, nacionales y no nacionales.

Las instituciones estatales como creadoras y garantes de los derechos humanos de la ciudadanía han perdido su sentido originario, pasando a ser, en la actualidad, el yugo de parte de la población excluida del sistema de participación y gobernanza, entre los que están los pobres. Individuos sometidos al «imperio de la Ley» (Delgado Parra, 2015: 50-58), pero sin participación alguna en su conformación. Este es el caso de los MENA en los Estados receptores, quienes, a pesar de no reconocerlos, los someten al control del Derecho y a la fuerza del Estado.

En resumen, los actuales sistemas neoliberales han coadyuvado a un recorte del Estado social de Derecho y a un apoderamiento de las instituciones «democráticas» por parte de las élites económicas y financieras mundiales, quienes incentivan propuestas políticas y económicas alejadas de las necesidades e intereses humanos, y en ocasiones opuestos a los límites éticos que establecen los derechos humanos (Gándara Carballido, 2013: 140). Es decir, a medida que se incrementa el poder de las instituciones supranacionales, de la economía de mercado, y el discurso de la eficacia penetra en el sistema po-

lítico tradicional del Estado nación, se produce un aumento de la aporofobia u odio al pobre, al débil, al menesteroso, al ser calificados como cargas para el sistema, y no consumidores (Cortina, 2017). Dentro de este colectivo de pobres están los MENA quienes quedan fuera del interés del sistema por ser niños, niñas o adolescentes, además de inmigrantes irregulares. Esta expulsión genera un gran desarraigo con independencia de la nacionalidad que se ostente, al tiempo que hace evidente la falta de eficacia del discurso de los derechos humanos. La persona no es el centro de la política migratoria, y tampoco el desarrollo humano de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados.

Como venimos manteniendo desde el inicio de este trabajo el sistema universal de derechos humanos es el único que puede plantar cara al neoliberalismo financiero, devolviéndole la dignidad a la niñez migrante. Solo desde el ámbito internacional es posible fortalecer el discurso de los derechos humanos y promover nuevas estructuras de poder, en las que los MENA puedan ser reconocidos. No olvidemos que el capitalismo es global, por este motivo no cabe ajustarlo y racionalizarlo desde estructuras o instituciones locales o estatales. De ahí que sea una cuestión central abordar qué se está haciendo desde las instituciones y el derecho internacionales al respecto.

La protección de los derechos humanos de la niñez inmigrante se construye y proviene esencialmente del ámbito internacional universal, pues desde él se pone al «niño» y a las necesidades de éste en una posición central, tanto en el Estado de origen, como en el de tránsito y el de acogida, nos referimos a la Convención de los derechos del niño de 1989. Desde el nacimiento de esta Convención los Estados dejan de tener el control exclusivo sobre la regulación en materia de menores (Heupel, 2016: 149-179), al tiempo que quedan sometidos a cambios en su legislación para adaptarla a las nuevas exigencias y obligaciones, a fin de proporcionar a menores y adolescentes la protección y reconocimiento adecuados, sean nacionales o no, y con independencia de su condición migratoria (Ferrero y López, 2003: 7-24).

Con la inserción de los Estados en el sistema de gobernanza universal de los derechos humanos los organismos internacionales de carácter económico y financiero no fueron conscientes de los límites y la fuerza de oposición hacia la mercantilización del ser humano que iban a tener. La concepción universal de libertades básicas e intrínsecas al ser humano como pueden ser la libertad de movilidad y residencia (art. 13 DUDH) empujan hacia la creación de un nuevo orden social más justo y a la readaptación del existente en todo aquello

que se opone al contenido ético que encierran los derechos humanos²¹. Pero a este proceso todavía le queda mucho por hacer.

En este contexto, la subdiscriminación que sufren los menores y las situaciones de vulnerabilidad a las que se enfrentan les empujan a emigrar hacia otro Estado y a ejercer el derecho a la libre circulación y residencia, como si lo tuvieran, al igual que el derecho al trabajo. Los menores extranjeros, y en especial los no acompañados, son minusvalorados por la sociedad, el Estado receptor y el derecho. En atención a estos hechos Carlos Orellana sostiene, a partir de los argumentos contruidos por Foucault (Foucault, 2000), Esposito (Esposito, 2005) y Agamben, que la niñez inmigrante irregular y no acompañada ha sido tratada por los Estados-nación como nuda vida o vida patógena, al estar las fuerzas que operan en el interior del Estado orientadas esencialmente hacia su regulación, control y aniquilamiento de las vidas valor, o personas reducidas a meros cuerpos para el mercado. Ante estas situaciones, las viejas narrativas de los derechos humanos evidencian todas sus debilidades y cegueras cognitivas, ocultando en sus análisis graves violencias, y presentando lagunas relevantes (Orellana, 2014: 350). En los discursos, es tan importante lo que se dice como los silencios.

Una de las principales violencias que sufren los menores al llegar al Estado de acogida es su encasillamiento en la cultura de infancia rica y dependiente del Estado receptor, donde las autoridades administrativas y el legislador les tratan como si fueran menores nacionales dependientes o abandonados, en situación de riesgo, desamparados y huérfanos de familia (depende del caso), cuando la realidad es mucho más compleja. Muchos de los adolescentes inmigrantes no

²¹ El art. 13 de la DUDH de 1945 dispone que «Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país». Estas libertades configuradas con carácter universal en este instrumento jurídico no vinculante refiriéndose a «toda persona», a posteriori, fueron delimitadas por instrumentos jurídicos internacionales vinculantes a los nacionales de los Estados parte de la ONU y a los extranjeros que cumplieran con la «legalidad» del Estado receptor mientras permanecieran en su territorio (art. 26 de la Convención del Estatuto de Refugiados de 1951, art. 26 de la Convención del Estatuto de los Apátridas de 1954, y art. 12.1 del PIDCP de 1966). Además, estas dos libertades siempre podrán restringirse para los extranjeros por el Estado receptor cuando se hallen previstas esas restricciones en la ley nacional, y sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros (art. 12.2 del PIDCP). Libertades que curiosamente no son definidas para los trabajadores extranjeros en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990.

acompañados son, en la mayor parte, seres humanos independientes de sus progenitores y han emigrado solos o no acompañados por voluntad propia o con el consentimiento parental. Para ellos, se hace fundamental el reconocimiento, junto a la libertad de circulación y residencia en el Estado de acogida, del derecho al trabajo. El acceso a una independencia económica y a un trabajo es la única forma que tienen de continuar desarrollándose y hacerse responsables de ellos mismos y de su familia biológica en el país de origen. Es a través del trabajo como los niños, niñas y adolescentes pobres migrantes son capaces de recuperar parte de la dignidad perdida en su país de origen y en el de acogida. Convertirlos en seres absolutamente dependientes y sin capacidades propias no mejora su protección, al contrario, los sitúa en una posición que reduce a mínimos su estatus de persona, máxime cuando los cambios sociales y políticos generados por la globalización de los mercados, la producción y la cultura han debilitado las estructuras sociales de cuidado (esencialmente, las familias), al someter a sus progenitores a largas jornadas de trabajo y a una enorme precariedad y empobrecimiento. Ello ha hecho que las circunstancias familiares y sociales de niños, niñas y jóvenes hayan empeorado, e incrementado el número de familias que han descendido de clase social, lo que aumenta automáticamente el porcentaje de pobreza infantil y de jóvenes trabajadores desempleados, incluso, en los países llamados «ricos», como es el caso de España (ONU. Unicef, 2017a: 219-241). Como se puede comprobar, los cambios económicos golpean con más fuerza a menores y adolescentes que a adultos, tanto nacionales como no nacionales.

En los últimos años, los fuertes flujos migratorios de niñez migrante han marcado el replanteamiento y reajuste del sistema jurídico, político y social de los menores en los Estados, con el objetivo de ajustarse a las demandas del orden económico y político mundial. Esta situación permite que se abra el debate en torno a la situación social del menor en la sociedad del Estado nación, y se cuestione la eficacia y protección de todas las infancias en la legislación estatal. Un reajuste social, político y jurídico que entra en peligro cuando el poder supraestatal representado por el capitalismo intenta legitimarse como promotor de derechos humanos a través del discurso de la eficacia política. Un discurso que utiliza la ley, pero la ley del más fuerte a nivel económico. «La ley del más fuerte no admite réplica. No admite, en otras palabras, que aparezca la duda acerca de la ley» (Capella Hernández, 2008: 313-315). Frente a éste, centrado en la eficacia del poder económico y financiero y promovido por el capitalismo globalizado, nosotros apostamos por la creación de un discurso de los derechos humanos potente, desde el que reconocer a todas las personas

sin exclusión, y de gran potencial para desarrollar nuevas prácticas (Gándara Carballido, 2013: 141). Unas prácticas que, a nuestro modo de ver, deben ir encaminadas hacia el reconocimiento de la dignidad de la niñez migrante vinculada al reconocimiento de su identidad y al derecho a la participación en las estructuras representativas de una democracia real y efectiva.

El reclamo del derecho a una vida digna en el contexto de la ciudad, como nuevo espacio político de acción y de vindicación política, es una forma más de oponerse al proceso de mercantilización de lo humano y de pérdida de valor del trabajo, lo que afecta directamente a las clases trabajadoras en su acceso al derecho y a su participación en las instancias de decisión y control (Galeote, 2016: 71-87). La mercantilización de los cuerpos se agrava en el caso de los menores no nacionales, quienes cuando llegan a los Estados de recepción son directamente sometidos a unos sistemas de protección de menores que fueron diseñados para los nacionales y que no se ajustan a los parámetros de esas otras infancias que los representan. Prueba de ello es la elevada cifra de huidas de los MENA de los centros de acogida, los intentos de suicidio, e incluso los motines en los centros de acogida en los que son ingresados una vez que son localizados (Ceriani Cernadas, 2019: 16).

A pesar de todo, consideramos un gran logro para los derechos humanos de la infancia y adolescencia el que se haya ampliado la protección proporcionada por los sistemas de protección de menores de los Estados-nación a los menores no nacionales. Esto es algo que solo ha podido conseguirse mediante la presión de la comunidad y el derecho internacional. En el caso español, a través del artículo 39.4 de la CE al disponer que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», y en el caso salvadoreño, el artículo 144 de la CS²², artículo que otorga a los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales el valor de ley de la República, por debajo de la Constitución, pero por encima de una ley secundaria (Ordóñez Reyna, 2010: 362-395).

El inconveniente principal de los sistemas de protección nacional de menores es que fueron diseñados para un único tipo de infancia, la infancia occidental

²² El art. 144 de la Constitución Salvadoreña de 1983 dispone que «Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales constituyen leyes de la República al entrar en vigor, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado».

rica, una infancia dependiente de los progenitores y poco participativa. Las otras infancias que representan a los pobres y a la niñez inmigrante irregular no son reconocidas por los Estados, y esto limita su consideración como sujetos sociales, sujetos con derechos y parte de la ciudadanía social, lo que les impide participar en aquellas decisiones y políticas que les afecten. A pesar de todo, la llegada de estas otras infancias, las que representan a menores y adolescentes extranjeros, en especial a los no acompañados, ha facilitado, irónicamente, que los Estados acaten el reconocimiento internacional de la libertad de circulación y residencia de la niñez inmigrante con independencia de su regularidad o irregularidad.

En el pasado, los únicos menores extranjeros a los que se les reconocía la libertad de circulación y residencia en el Estado de acogida eran los reagrupados por un familiar trabajador, quienes representan otro tipo de infancia dependiente de un adulto trabajador, no nacional. Ahora, también se les empieza a reconocer la libertad de circulación y residencia a los MENA, a pesar de ser irregulares, siempre que no puedan ser retornados a su país de origen. Se trata de un estatus jurídico específico de extranjero por razón de su vulnerabilidad (Gómez Fernández, 2017a: 47-60). Debemos tener en cuenta que los menores extranjeros reagrupados han ejercido la libertad de circulación y residencia como una extensión del derecho a la vida familiar del trabajador migrante, y se han sometido al régimen legal del país donde vive el progenitor o familiar reagrupante. Sin embargo, los MENA han ejercido la libertad de circulación y residencia como si la tuvieran reconocida en algún texto normativo. Por consiguiente, no se ajustan a la «legalidad» del país receptor, y esa es la razón fundamental, junto a las anteriores, por la que el Estado se niega a reconocerlos como sujetos con derechos e incentiva su maltrato institucional.

A pesar de ignorarlo, el incremento continuo de los flujos migratorios de niñez migrante no acompañada a nivel global no cesa. Es una nueva realidad que los menores viajan solos o no acompañados, aunque el Estado receptor no les reconozca la libertad de circulación y residencia, *a priori*, pero sí, *a posteriori*, mediante la regularización de aquellos MENA que no pueden repatriarlos a su país de origen²³. Un hecho que está obligando a los Estados a crear nuevos estándares jurídicos internacionales y a revisar el discurso y la fundamentación tradicional de los derechos humanos.

²³ De acuerdo con el último informe de Unicef, el número de niños migrantes que viajaron solos en los años 2015 y 2016 es cinco veces mayor que en el año 2010 (ONU. Unicef, 2017b).

De este modo se refuta el argumento de la eficacia y validez de los sistemas de protección de los derechos humanos de los antiguos Estados nación para proteger con carácter universal tanto a los «nacionales» como a los «no nacionales», y desprender de la condición de no nacional a la niñez migrante para devolverles la dignidad que merecen. Estos cambios en la legislación estatal con respecto a los menores se están realizando lentamente debido a que los sistemas de protección de menores en los Estados fueron configurados inicialmente solo para los menores nacionales y dependientes. Hasta que no se ha reconocido la primacía de la condición de niñez sobre la condición de extranjería y la condición de irregularidad administrativa en el Estado receptor, los MENA han sido expulsados o rechazados en frontera una vez localizados por las autoridades policiales o administrativas correspondientes (Martínez Escamilla et al., 2016: 145-184).

Para terminar, señalaremos las cuatro nuevas obligaciones internacionales de hacer y no hacer que los Estados deben cumplir con respecto a la niñez inmigrante irregular, los cuales tienen como fin propiciar la libertad de circulación y residencia de estos: prohibición del rechazo en frontera de la niñez inmigrante irregular; no devolución de la niñez inmigrante irregular beneficiaria de protección internacional; no detención de la niñez inmigrante irregular, e interés superior del menor (ONU. Unicef, 2013: 13-102).

El primero de estos principios, la prohibición del rechazo en frontera de la niñez inmigrante irregular, ha supuesto que los Estados y sus autoridades no puedan rechazar en frontera a la niñez inmigrante no acompañada e imposibilitarle la entrada irregular en el país.

El segundo de los principios mencionados, el principio de no devolución ha supuesto un límite al control del Estado de la población que permanece en su territorio. Los Estados tampoco podrán devolver a la niñez inmigrante, esté acompañada o no, que sea beneficiaria de protección internacional.

El tercero de los principios, el principio de no detención de la niñez inmigrante irregular, ha supuesto un límite al Estado receptor que no puede alegar el principio del interés superior del menor e interpretarlo de tal modo que produzca una privación de su libertad consistente en la aprehensión del menor inmigrante irregular y su «ingreso forzoso», para «protegerlo» en un centro de protección de menores, o internarlo en un centro de internamiento de extranjeros para proceder a su inmediata expulsión. Este principio es fundamental porque daría lugar a que los Estados fueran condenados por no escuchar al menor inmigrante no acompañado y por privarlo de libertad.

La privación de libertad es definida en la regla 11b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad al establecer lo siguiente:

por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad. (ONU.AGNU, 1990)

La Comisión Interamericana de derechos humanos también ha definido la privación de libertad en la Disposición General del documento denominado «Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas», en la que se establece qué se entiende por privación de libertad. Es privación de libertad

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: [...] instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas. (OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008)

Este tercer principio es fundamental para los MENA que logran permanecer en el país de acogida, porque en cierta manera les devuelve la independencia, el poder decidir si quieren permanecer en el centro de acogida o si prefieren un piso tutelado o cualquier otra medida de protección donde tengan libertad ambulatoria y puedan ejercer, entre otros, su derecho a la educación y su derecho al trabajo. Sobre este principio profundizaremos en el capítulo 3.

El cuarto de los principios, el interés superior del menor, está íntimamente relacionado con el anterior, y obliga al Estado receptor a estudiar de forma

individualizada el caso de cada menor extranjero no acompañado buscando siempre el bienestar del menor en su vertiente física, psíquica y social (Ben-Arieh y otros, 2014: 1-27). La interpretación del principio del interés superior del menor y del bienestar del menor debe tomar en consideración el proceso migratorio por el que ha pasado el MENA en cualquiera de sus tipologías (Kalverboer et al., 2007: 114-139). Para lograr este objetivo, se requiere de una labor de deconstrucción del principio del interés superior del menor occidental, puesto que ignora la diversidad de infancias que coexisten, al reducir la representación de la niñez y adolescencia a seres dependientes, inocentes y totalmente vulnerables, ignorando con ello sus capacidades y potencialidad (Breen, 2002: 9-84). Una interpretación que requiere, asimismo, de una adaptación cultural para entender qué es lo mejor para los MENA en su diversidad y lograr un mínimo bienestar en la sociedad de acogida atendiendo a su cosmovisión particular (Weisner, 2014: 87-103).

2.2. La pérdida de soberanía estatal en el discurso de los derechos humanos de la niñez

Una vez analizados los cambios experimentados en los Estados en relación con su función exclusiva de control de fronteras y control en el interior de su territorio, y expuesta la evolución que se ha producido en el ejercicio de la libertad de circulación y residencia, se hace necesario detenernos en los cambios experimentados a nivel cultural. Se ha pasado de un orden social y cultural y un discurso de los derechos humanos monocultural a un orden multicultural y a múltiples discursos de los derechos humanos de la niñez, a los cuales deben adaptarse los Estados. Este es un cambio profundo a nivel estructural, conceptual y competencial en las sociedades y Estados actuales que provoca problemas sociales, jurídicos y políticos, como consecuencia de no tener ajustado a nivel social y jurídico la pluralidad cultural. Entre las posibles estrategias o enfoques desde los que afrontar este tipo de conflictos, consideramos de sumo interés la propuesta de Solanes Corella, el acomodo razonable, una medida arbitrada para prevenir o remediar la discriminación, así como para favorecer la cohesión social de la niñez inmigrante (Solanes Corella, 2017a: 307 y 325).

El prototipo único de niñez no existe en la actualidad, y como prueba de su inexistencia solo basta con citar a los MENA. Por esta razón se debe afrontar con una nueva mirada la realidad que presentan estos infantes y adolescen-

tes. El reto principal está en dar cabida a nivel legislativo y social a múltiples culturas de infancia, que ya están presentes y coexisten en el seno de los Estados (Cortés Ramírez, 2014: 13-28). Para superar este reto debemos buscar una nueva cultura de la infancia que trasladar al discurso jurídico-político de los derechos humanos (Keesing, 1993: 51-82). Para lograrlo debemos identificar, en primer lugar, qué personas o grupos de personas son excluidas de la cultura de infancia utilizada por el discurso jurídico-político actual, y, en segundo lugar, quiénes son los que el discurso reconoce como infantes y adolescentes.

Si queremos integrar una noción de cultura sobre la infancia y la adolescencia verdaderamente inclusiva, es preciso que no proyectemos nuestras categorías y representaciones como si fueran las únicas posibles. De ahí que sea necesario buscar espacios de encuentro, de traducción de entendimiento y de empatía²⁴, pues la sensibilidad hacia los otros depende de la distancia que establezcamos con respecto a ellos (Grimson, 2008: 45-67).

El proyecto para construir tiene que comenzar con un diálogo desde el respeto y el reconocimiento mutuo. Debemos construir una cultura que vele por los derechos de todas las personas sin discriminación alguna. Para ello, consideramos de vital importancia acabar con las relaciones estructurales de inequidad y opresión, y el monopolio cultural construido históricamente a partir de la adjudicación arbitraria de jerarquías humanas y sociales. Abogamos por la construcción de una cultura de derechos en la que se reconozca la existencia de la diversidad humana y las múltiples culturas que cohabitan e interactúan en el ámbito territorial de los Estados. Debemos en todo momento recordar que no existen culturas jurídico-políticas puras, todas están contaminadas por la interacción con otras a través del devenir histórico (Amorós Puente, 2010; y Clavero Salvador, 2016). Defender el valor de las diferencias en política, y en especial en el discurso sobre los derechos humanos, para dar reconocimiento adecuado a menores y adolescentes, y de un modo especial a los menores migrantes, nos exige detenernos brevemente en el concepto de multiculturalidad y en el mayor peso político que tiene la cultura occidental de la infancia con respecto a otras formas de representación de las niñas, niños y jóvenes a la hora

²⁴ Cfr. con la Ley psicológica escrita por Adam Smith en su obra *La teoría de los sentimientos morales* (1759), según la cual la sensibilidad humana depende de la distancia que le separa de la otra persona (Ej. si eres de familia conservadora, defenderás más los valores conservadores que los liberales, o si eres europeo, te preocuparás más por lo que suceda en Europa que lo que suceda en otros continentes).

de decidir el contenido y los límites del espacio público y el ejercicio de los derechos individuales²⁵.

La cultura dominante en la sociedad española y salvadoreña se identifica con la cultura cristiana, adultocentrista, androcentrista, aporafóbica, etnocentrista, racista y nacionalista, a lo que se suma el calificativo de eurocentrista para el caso Latinoamericano. Calificativos del término cultura que afectan a la hora de reconocer la diversidad de infancias y las diversas discriminaciones que sufren menores y adolescentes inmigrantes cuando no encajan en el modelo de infancia autóctona conformado a partir de una única e imaginaria etnia, una nacionalidad, una religión y una familia.

La existencia de múltiples culturas de infancia en el Estado multicultural, que son los Estados hoy, y su negación por parte de los discursos hegemónicos genera conflictos que tienen como marco de referencia explicativo un paradigma de monoculturalidad/multiculturalidad, que debe, como ya hemos expuesto, ser superado (Zapata-Barrero, 2009: 23-30). Pero hasta ahora lo único creado son políticas de migración estatales que responsabilizan al migrante de las desigualdades existentes entre unas personas y otras, así como de la inseguridad social existente. Stephen Castles propone conectar el término migrante al de ciudadano para poner fin a las desigualdades y discriminaciones existentes, y para ofrecer teorías sociales reales que superen la estratificación de las personas que genera el nacionalismo, el androcentrismo y el adultocentrismo (Castles, 2017: 1543). Para conseguir un discurso jurídico-político acorde con los derechos humanos de los menores migrantes apostamos por una política intercultural y una ciudadanía postnacional, en la que el individuo trasciende al ciudadano y se reconocen derechos y deberes a los individuos procedentes de diversos sistemas políticos y jurídicos, siendo el ámbito territorial del Estado uno de los posibles lugares donde poder ejercerlos.

El ejercicio de los derechos de niñas, niños y jóvenes es dependiente de la cultura de infancia utilizada, pero ¿qué entendemos por cultura de la infancia? La cultura de la infancia no es algo genético o biológico, sino que es un constructo realizado a partir del concepto de «niño» que se tiene en cada etapa histórica. En otras palabras, la cultura de la infancia decide qué tipo de infan-

²⁵ La noción de cultura en sí, a su vez, implica el tener que decantarnos por alguna de las múltiples definiciones existentes desde la rama de estudios antropológica. A este respecto nos decantamos por la definición de Keesing: entiende por cultura la totalidad de la conducta transmitida socialmente. Barrera Luna, 2013: 1-13.

cia necesita o desea la sociedad, y las familias serán las encargadas de moldear a estos infantes y adolescentes para que se ajusten a las demandas del sistema económico y político. No hay una concepción universal y única de «niño», incluso, en el mundo occidental moderno, esta concepción se ha ido adaptando a la evolución histórica, rompiendo con las concepciones y prácticas anteriores (Qvortrup, 2003). Por esta razón, en el próximo capítulo analizaremos qué concepto de «niño» tienen los instrumentos jurídicos reguladores de los derechos de los niños y las niñas, qué tipo de cultura/s de infancia/s importan la niñez inmigrante no acompañada, y por qué esta diversidad no logra penetrar en el ordenamiento jurídico interno de los Estados.

El análisis que realizamos a continuación parte de un enfoque constructivista de la sociología de la infancia en la que divisa a la niñez inmigrante, y a la no acompañada en particular, como nuevos actores sociales. Aparecen como individuos que participan en la construcción y determinación de sus vidas, no como objetos pasivos de las estructuras del Estado y de los procesos sociales. Son vistos como seres independientes y no son anexos inseparables de sus progenitores (Pavez Soto, 2012: 94). La clave para comprender la función de los niños y niñas migrantes, y en especial los no acompañados, es verla en relación con su contribución social mediante el trabajo, pero también con relación a su significativo rol en el seno familiar, sobre todo en el caso de las familias más pobres (Mayall, 2002: 21).

Para evitar caer en una visión adultocentrista a la hora de definir las culturas de las infancias, creemos al igual que Cordero Arce, que la niñez y la adolescencia deben tener «el derecho a no ser definidos por los adultos», esto es, que no sean los adultos quienes impongan el rol social que deben ocupar los menores en la sociedad. Debe regir el reconocimiento de los hijos como sujetos sociales independientes de sus progenitores, lo que pondría fin a la cultura de la propiedad sobre la descendencia (Cordero Arce, 2015b: 223-227). Además, se ha de tener en cuenta que la niñez y la adolescencia no son grupos homogéneos, ni es universal, creencias que se han mantenido durante mucho tiempo conformando una cultura de la infancia etnocéntrica, androcentrista y capitalista. Por todo lo expuesto, consideramos que hay que atender a las necesidades particulares de cada tipo de niñez, en atención a su origen cultural, su edad y género (Grenby, 2006: 313-319). Solo así se podrá poner fin a las relaciones jerárquicas desigualitarias, injustas y opresivas existentes en las sociedades, y se abordará la resolución de los conflictos culturales que pueden surgir teniendo en cuenta las variables que encierra cada uno de los sujetos implica-

dos en los mismos. Entre los elementos básicos para alcanzar este objetivo está construir un lenguaje común en el que nadie esté excluido, acabando de este modo con la cultura hegemónica imperante (Cobo, 2006: 11-33). No podemos pensar en la niñez migrante desde los parámetros de la niñez en los países ricos y democráticos, ni tampoco pensar en la niñez migrante como un grupo uniforme. En cada territorio y momento histórico las infancias son diversas y coexisten (Woodhead, 2014: 63-77).

La filosofía post-estructuralista, encabezada por Stephen Epstein e Iris Marion Young, quienes analizan la triple dimensión del multiculturalismo (social, política y ética y su impacto sobre los individuos y los grupos sociales), nos ayuda a comprender el modo en que conviven las diferentes culturas de la infancia y la relación entre ellas. El post-estructuralismo analiza el modo en que cada individuo construye su identidad y el modo en que esta está condicionada por el grupo social de pertenencia. No existe un yo incontaminado construido desde y por sí mismo, o desde una única cultura. Consecuentemente, todas los menores de edad son dependientes del contexto social y cultural y de la heterogeneidad existente en ellos, pero además están condicionados en su evolución por el estatus social y cultural de su familia, por la cultura del país donde viven, por el modelo de Estado que exista (en un Estado social los niños, niñas, adolescentes de familias con pocos recursos pueden estudiar mediante sistemas de becas y ayudas, lo que sin duda afecta a su desarrollo personal) y por el conjunto de valores y principios que la sociedad de pertenencia esté promoviendo.

En resumen, no existe un sujeto con un origen autónomo o una sustancia subyacente a la que se pueden adosar atributos de género, nacionalidad, edad, rol familiar, inclinación intelectual, etc.; la identidad es siempre un sentido socializado de la individualidad. Es una organización interna de la autopercepción acerca de la relación del «yo» con las categorías sociales, unas categorías que incorporan las visiones que otras personas tienen sobre el «yo» (Young, 2000: 81-82; y Epstein, 1987: 9-54). Con base en estos argumentos dejar a menores y adolescentes inmigrantes solos, a su libre albedrío en una sociedad desconocida, es éticamente reprobable, pero convertirlos en simples apéndices de sus progenitores, también (Turner, 2006: 133-151).

La integración social o adaptación a la sociedad de acogida de menores de edad inmigrantes no acompañados se hace muy difícil cuando no se les ha tenido en cuenta en la política migratoria y en el discurso de los derechos humanos, cuando se introduce un concepto restrictivo de las capacidades y po-

tencialidades que tienen las niñas, niños y adolescentes inmigrantes, o cuando se aplica una política de asimilación cultural y se les presiona para que abandonen las prácticas y valores que importan y que no coinciden con la infancia dominante en el lugar de destino (Pavez Soto, 2013: 17). Poner fin a estos errores es la mejor manera de acabar con las huidas y suicidios en los centros de protección de menores, y de poner fin a todos aquellos incidentes que derivan del hecho de tratarlos como incapaces, dependientes y sin voluntad, cuando su experiencia es totalmente opuesta a esta representación irreal de su identidad. Todos estos menores han realizado un largo viaje vital desde el momento mismo en que toman la decisión de emigrar y han vivido experiencias que la gran mayoría de los adultos de la sociedad de acogida nunca vivirán. Estos errores no solo afectan al desarrollo y a los derechos de estas niñas, niños y adolescentes, también distorsionan su representación social. Una distorsión que penetra en el derecho como resultado de ignorar los requerimientos sociales de una sociedad multicultural, en la que existen diversas infancias, lo que nos lleva a cuestionar si con este tipo de actuaciones no se está quebrando el Estado de derecho, en cuanto se pone en crisis el principio de legitimidad del derecho (Cassese, 2011: 267-290).

Los Estados han de tener un horizonte cívico de actuación y de legitimidad, y para lograrlo deben abandonar su perfil étnico-cultural, poniendo fin a la lógica de la uniformidad y homogeneización de la sociedad, para así poder conformar una ciudadanía heterogénea (Da Cunha y Bandeira Galindo, 2013: 9). Hoy más que nunca se hace necesario crear espacios de encuentro intercultural e intergeneracional para frenar los conflictos sociales que genera la migración en el Estado de acogida. Conflictos que se pueden solucionar mediante la negociación razonable de las reglas de juego de la convivencia plural, lo cual supone reconocer la situación de asimetría, de desigualdad; admitir que no hay diálogo intercultural e intergeneracional sin igualdad en las posiciones de partida y reconocer como sujetos en pie de igualdad a los individuos y grupos minorizados, entre los que se encuentran los niños, niñas y adolescentes migrantes acompañados o no acompañados (Herrera Flores, 2008: 59-64; Vallespín, 2007; De Lucas, 2014b: 55-75; y 2016, 19-33;). En este último caso se debe comenzar por reconocerles el derecho a la autonomía, la autodeterminación y la ciudadanía (Rübner Jørgensen, 2017: 21-35).

La cuestión principal no es evitar sociedades multiculturales que ya existen (aunque no se reconozcan en el plano jurídico-político, tal y como defendemos), o cómo evitar que vengan menores extranjeros, sino conseguir

sociedades democráticas de soberanías múltiples, en las que tenga cabida un proyecto de vida en común en la diferencia, y donde se garanticen la diversidad de lo humano y sus múltiples experiencias. Ahora bien, el reconocimiento cultural de la diversidad debe someterse a unos límites cívicos infranqueables para lograr la convivencia y el respeto mutuo necesario en una sociedad democrática, esos límites o líneas rojas son los derechos humanos²⁶.

El reto actual para los Estados multiculturales es cómo compaginar los derechos diferenciales de las personas con la cohesión social, política y jurídica en un territorio soberano, o, lo que es lo mismo, cómo conciliar la legislación con prácticas desconocidas o rechazadas (Ruiz Sanz, 2015: 79-105). Un desafío que debe afrontarse con urgencia, puesto que la primacía de la nacionalidad ya no garantiza una sociedad o cultura homogénea. Pensemos por ejemplo en las personas extranjeras que se nacionalizan. Un cambio que no altera su sistema de creencias, ni tradiciones, ni rol social o familiar importado. De ahí la necesidad de reconocer a nivel jurídico la interculturalidad y diversidad humana, así como de crear para toda la población un vínculo emocional e identitario, en especial para aquellos que han elegido vivir y trabajar en otro país (Perette, 2011: 3-29; y Bonilla Maldonado, 2011: 53-69).

Hoy en día, a pesar de haber perdido el Estado nación la soberanía exclusiva sobre el establecimiento del discurso de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, y de la inmigración, y de que se hayan producido avances democráticos como la garantía y el respeto a la diversidad religiosa y política adulta, seguimos sin afrontar la diversidad humana, entre la que está la niñez y adolescencia, y la diversidad cultural. Pero las resistencias de los Estados a introducir en el seno de sus ordenamientos jurídicos el respeto a estas diversidades no lograrán frenar las reivindicaciones de los MENA, ni el fenómeno migratorio en toda su diversidad²⁷. En España, la mayoría de los MENA no

²⁶ La jurisprudencia española, en concreto, la STS 835/2012, de 31 de octubre, establece el respeto a los derechos humanos como límite infranqueable que toda cultura, tradición o religión debe respetar en España, para que sea asimismo respetada.

²⁷ En el año 2015 mediante la LO 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se introdujo por primera vez a los menores extranjeros, y a los menores extranjeros no acompañados en el ámbito de protección del sistema nacional de menores. Si bien se sigue estableciendo una discriminación sustantiva entre menores nacionales y menores extranjeros, al no conceder a los segundos la posibilidad de adoptar como medida de protección prioritaria el acogimiento familiar frente al acogimiento residencial. Se intentará ante todo la devolución de los MENA a su familia, sociedad y país de origen (art. 19 bis).

pueden ser devueltos a sus familias o Estado de origen, y han realizado una larga travesía personal para quedarse y trabajar. De ahí la necesidad y la urgencia de reconocerlos como sujetos sociales con derechos y como ciudadanos. A quienes tanto les preocupa la seguridad deben recordar que sin justicia social no hay seguridad posible. Identificamos, en atención a todo lo expuesto, como concepto clave el concepto de ciudadanía. Una reconceptualización en la que deben tener cabida toda clase de menores, y en especial los MENA. La ciudadanía por construir debe tomar en consideración el sistema de gobernanza actual a múltiples niveles, sobre todo en materia de derechos humanos. La ciudadanía local y global que proponemos, en la línea de lo defendido por Rubio Castro, toma especial relevancia en la actualidad por las responsabilidades que asumen los Estados en materia de derechos humanos fuera de sus fronteras. Es decir, las responsabilidades y obligaciones de los Estados ya no se circunscriben en materia de derechos humanos a sus propias fronteras y nacionales, ahora se expanden más allá de sus fronteras y también respecto a toda la población, sean nacionales o no.

Aunque el concepto de ciudadanía, en el marco de los Estados, continúa siendo excluyente, su origen, no lo olvidemos, estuvo íntimamente vinculado al «derecho de gentes» y a diferentes niveles de gobernanza y competencia, desde los que se definían múltiples *demos*, con conjuntos de derechos y deberes que se complementaban. Por consiguiente, no es extraño a nuestra tradición jurídica la defensa de un derecho internacional de los derechos humanos y un derecho internacional humanitario, desde los que reivindicar y legitimar un amplio e incluyente estatus de ciudadanía, que pueda desplegar su potencialidad a nivel local y global a la vez (Rubio Castro, 2017b: 205-207; Gamboa Umaña, 2009: 3-5). De este modo sería posible desconectar la ciudadanía del estrecho marco en que la encierra el Estado nación, entendido este como comunidad mono cultural o mono-étnica identitaria. El objetivo debe ser dar pasos hacia el diseño de un estado en el que puedan convivir sin conflicto múltiples naciones, y en el que sea posible el reconocimiento de múltiples etnias o culturas, sin discriminación (Mesa, 2006: 13). En otras palabras, es necesario superar el modelo de Estado étnico ampliado, que conformó el Estado nación, al anudar ciudadanía a nacionalidad y esta al nacimiento.

La ciudadanía representa un estatus jurídico-político portador del reconocimiento del individuo como un sujeto con derechos, y es clave para el derecho a la participación en la *res pública* en las sociedades modernas. Por este motivo, negarles este reconocimiento a menores y adolescentes, y en especial

a los MENA, es privarles de visualización social, poner en riesgo el respeto a sus intereses y necesidades y limitarles su total desarrollo personal. Sin este reconocimiento se hace difícil en el marco de los Estados desarrollar políticas públicas que den cuenta de sus reivindicaciones, lo cual se opone a lo dispuesto por la Convención de los derechos del niño de 1989 (Villagrasa Alcaide y Ravetllat Ballesté, 2015: 56-58).

La globalización y evolución de los derechos humanos ha creado una brecha significativa entre la ciudadanía nacional, que confiere derechos en el marco del Estado nación, y una ciudadanía internacional en el marco de una comunidad internacional y desarrollo legislativo que impone nuevas reglas a individuos, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, con independencia de la nacionalidad que ostenten (Urcuyo Fournier, 1999: 2-3). Por este motivo, la cultura común a proponer, en la que desarrollar el nuevo concepto de ciudadanía, debería conformarse en el ámbito de la comunidad internacional, al ser esta la que posee mayor capacidad de transformación y adaptación a las nuevas necesidades sociales y políticas. Esta nueva cultura inclusiva y no excluyente debe conformar una nueva narrativa de los derechos humanos, en la que tengan cabida múltiples culturas, y, cómo no, múltiples culturas de la infancia y adolescencia. Infancias y adolescencias que requieren de una respuesta inmediata para no ser generaciones de personas perdidas en origen y en destino.

Esta nueva ciudadanía conformará un nuevo sentido de pertenencia, al permitir que sean parte de la sociedad civil todos los individuos que viven en un determinado territorio con independencia de su nacionalidad de origen. No obstante, como el catálogo de derechos reconocidos al sujeto-ciudadano fue elaborado atendiendo al binomio ciudadanía y nacionalidad, tal y como ya hemos expuesto, y positivizados a nivel constitucional, a los cambios antes expuestos deben acompañarle otros, como son modificar la parte dogmática de las constituciones para conectar los derechos fundamentales a la ciudadanía y no a la nacionalidad; asignar a adultos y menores-adolescentes igual reconocimiento en materia de derechos fundamentales, y modificar la visión monocultural, admitiendo la interculturalidad social (Pérez Royo, 2016: 181-209; y Nieto Roales-Nieto, 2017: 67-112). Estos derechos así asentados en la Constitución representarían la principal garantía de los individuos, adultos, menores y adolescentes, de respeto a sus derechos y libertades individuales, mejorándose además la relación entre gobernantes y gobernados, y reforzando el sentimiento de pertenencia que hace incrementar la legitimidad que los gobernados otorgan al Estado y a sus acciones y decisiones (Pérez Luño, 1988: 841).

En resumen, las categorías personales básicas, en torno a las cuales se conformó el discurso de los derechos humanos y se desarrollaron las múltiples culturas constitucionales, deben hoy redefinirse para superar los límites y exclusiones humanas que las han acompañado en su despliegue jurídico-político, así como debe cambiar la visión tradicional sobre la soberanía estatal, la democracia y el Estado (López, 2013: 33-49). No solo debe la ciudadanía redefinirse, también debe fortalecerse. Asistimos a una pérdida de valor de este estatus como consecuencia de la diversificación de instituciones competentes en materia de derechos humanos, y al crecimiento de un neoliberalismo financiero salvaje, desregularizado, que impone sus reglas del juego a los Estados en pro de beneficios económicos para unos pocos. De ahí la necesidad de desarrollar límites políticos al poder financiero, nuevos sistemas de protección de las ciudadanías frente a las decisiones del capital internacional, nuevos instrumentos de legitimación del poder político y nuevas formas de participación y representación ciudadana. De todo ello surgirá un sistema actualizado de obediencia y respeto al poder político y al derecho, así como un modelo de democracia más participativa. Dahl argumenta que la evolución realizada en el interior de los ordenamientos jurídicos nacionales y la democracia global conlleva el desarrollo y aplicación de un principio de inclusión, por el cual no puede haber ninguna persona que obedezca leyes y al mismo tiempo no forme parte del *demos* (Dahl, 1992: 147). En otras palabras, la evolución del discurso de los derechos humanos promovido por la comunidad, el derecho internacional y los movimientos sociales, y los cambios estructurales en curso obligan a desplegar una nueva cultura de los derechos en la que ningún ser humano sea privado del derecho a tener derechos, o deba serle exigido lo que no es, en cuanto a su identidad cultural. Si bien ésta no puede alegarse por encima de los derechos humanos. Es decir, los límites al reconocimiento del derecho a la propia identidad cultural se establecen desde el control ético y jurídico que imponen los derechos fundamentales y los derechos humanos, base desde la que se reconoce y garantiza la igualdad para todos (Rodotá, 2014).

Los cambios estructurales en curso se expresan a través de conflictos sociales y políticos que penetran en todos los ámbitos de la vida, produciendo una «revolución silenciosa» e imparable (Zapata Barrero, 2009: 17). Cambios que inciden en la manera en la que entendemos nuestra forma de organizarnos. Este proceso posee una dimensión multicultural, global, histórica e irreversible, obligándonos a llevar a cabo un esfuerzo de reflexión y construcción/deconstrucción de los viejos conceptos políticos y jurídicos conformados

alrededor del ideal del Estado nación, para desarrollar, en atención a los múltiples escenarios y actores, un derecho más cercano a la ciudadanía y más eficaz para afrontar los retos respecto a la justicia social.

Para poder integrar la justicia en el derecho, es imprescindible reformar al sujeto político y al sujeto de derechos. El nuevo pacto de unión que daría luz a un nuevo «nosotros» tiene que neutralizar la identidad monocultural nacional, para dar paso al reconocimiento de la interculturalidad (De Lucas, 2006: 73-75). Precisamente, hoy en día, son los grupos de personas excluidos del imaginario estatal, los que destacan la necesidad de establecer una noción de ciudadanía vinculada esta vez a la dignidad humana y a los derechos humanos y no al nacimiento (*ius sanguinis*) (Álvarez Cantalapiedra y Herrero, 2016: 37-47). Para la conformación del nuevo pacto social con reflejo del nuevo orden social y económico mundial tomamos como modelo de referencia la teoría de Ana Rubio Castro y Mercedes Moya Escudero, en cuanto a la necesidad de un nuevo constitucionalismo. El único nacionalismo que cabe en un Estado con una sociedad multicultural como la presente es un «nacionalismo cívico» en el que las ciudadanía estatales sean conscientes de las tensiones y exigencias que imponen los cambios económicos estructurales que se han producido, pero también de la necesidad de protección de los derechos y libertades de todas las personas menores de edad y adultos (Rubio Castro y Moya Escudero, 2003: 106). Sostenemos que la solución para integrar a los no nacionales, y en concreto a los MENA, pudiera ser la creación de una doble nacionalidad, una local que se corresponde con el lugar donde se nace o a la etnia a la que pertenece y otra global que se corresponde con la pertenencia a la familia humana, y que garantizaría el principio universal de libre circulación a todas las personas por igual. Este doble nivel o potencialidad de la ciudadanía garantizaría además la igualdad en la protección de los derechos fundamentales a todas las personas, pues permitiría asimilar a cualquier extranjero con el nacional, ya fuera menor, adolescente o adulto. Una reciprocidad que pondría fin a la discriminación estructural e institucional actual, y que además paradójicamente igualaría a capitales y mercancías con las personas, dado que aquellas ya tienen reconocido en virtud de los tratados económicos internacionales el principio de igualdad y de no discriminación (Rubio Castro, 2017b: 205-206).

Desde estos nuevos fundamentos el proyecto constitucional y el modelo de democracia no pueden adoptar una estrategia defensiva de una supuesta identidad política y social propia. Cuando se rompe la vinculación entre Estado y nación, y entre nación y etnia, se liberan los límites excluyentes mante-

nidos hasta ahora con base en la nacionalidad y la pertenencia a una exclusiva cultura común, lo que pondría fin a los repuntes de racismo y violencia contra los «otros» que en este momento se están promoviendo en los Estados europeos por discursos políticos que se legitiman desde la defensa de una identidad cultural propia y un necesario control absoluto sobre su territorio, ignorando los límites que el derecho internacional humanitario y las Declaraciones de derechos imponen a los Estados y sus ciudadanías. El nuevo modelo de Estado y de ciudadanía que reivindicamos pone fin, como ya hemos expuesto, a un Estado étnico ampliado, para dar entrada a diversas infancias y reconocer a todas las personas como sujetos con derechos por el mero hecho de ser humanos (Serrano Moreno, 2009: 297-298).

2.3. El nacimiento de una ciudadanía juvenil no excluyente de los y las jóvenes inmigrantes

Debido a las transformaciones sociales y culturales mencionadas en los dos apartados anteriores respecto al Estado nación, ciertos grupos sociales demandan modificar la noción de ciudadanía en la línea de hacer de la dignidad humana el fundamento mismo de los derechos humanos y ligar la ciudadanía a este valor, a fin de superar las exclusiones en materia de derechos humanos. Las críticas realizadas a la vieja categoría política de ciudadano son varias, mereciendo una mención especial las elaboradas por la teoría comunitarista, las teorías pluralistas culturales y de la migración, las teorías feministas, las teorías de la gobernanza global y las teorías de la infancia moderna. Todas ellas tienen un objetivo común, superar las exclusiones, pasadas y presentes, de los grupos más vulnerables o desfavorecidos a los que pertenecen, entre otros, los MENA (Quesada, 2008).

Todos y cada uno de estos planteamientos han tratado de resignificar el viejo modelo de ciudadanía desde distintas perspectivas, pero solo las teorías de la infancia moderna han sido capaces de destacar el papel social de los menores en los Estados actuales, aunque para referirse solo a niñas, niños y adolescentes nacionales. Consideramos que ninguna de estas críticas ha sido capaz de visibilizar adecuadamente a los menores migrantes como grupo vulnerable, y por esta razón no han incorporado los requerimientos sociales de las y los menores inmigrantes en las sociedades actuales. A pesar de ello, estimamos esencial detenernos en sus aportaciones en cuanto pueden ser utilizadas sus críticas para construir una nueva representación del sujeto y ciudadano o ciudadana con

derechos. El reconocimiento de sus aportaciones no elimina la necesidad de mostrar sus insuficiencias y silencios, entre los que cabe destacar los requerimientos de la niñez migrante.

El problema fundamental que hemos hallado en la teoría comunitarista²⁸ y en las teorías multiculturales que toman la migración como un elemento clave para superar la visión limitada y localista que encerraba la noción de ciudadanía en el marco del Estado nación —entre cuyos autores, cabe destacar Will Kymlicka²⁹, Yasemin Nuhoglu Soysal³⁰, José Carlos Luque Brazán³¹, Stephen Castles y Alastair Davidson³², Rainer Bauböck³³ y Saskia Sassen³⁴— es que el nuevo modelo toma solo como base dereferencia la migración adulta, sin distinguir por razón de sexo o edad. La ignorancia de estos dos relevantes factores de discriminación los lleva a no ver la especificidad que presentan las

²⁸ Con respecto a la teoría comunitarista, «la concepción del ciudadano que surge es muy distinta a la liberal, y se caracteriza por otorgar una importancia fundamental a la pertenencia del individuo a una comunidad específica» (Santiago Juárez, 2010: 154-155).

²⁹ Destaca entre los pluralistas culturales al centrarse en contradecir la existencia de una ciudadanía mono cultural. Su propuesta más significativa fue la ciudadanía multicultural, una ciudadanía en la que tienen cabida y reconocimiento múltiples culturas, en especial de los grupos marginados. Kymlicka, 1996.

³⁰ Su noción de ciudadanía postnacional trata de resignificar la ciudadanía a partir del fenómeno migratorio. Defiende la necesidad de incluir a los inmigrantes en la noción de ciudadanía, en cuanto que el modelo del Estado nación está agotado como factor de cohesión y sentido de la ciudadanía ante los fenómenos migratorios. Soysal, 1994.

³¹ Propone una ciudadanía que se adecúe a la diversidad de categorías de migración que existen, entre las que menciona la migración laboral, política y poscolonial, y con cada una de las estratificaciones de emigrantes, entre los que señala a los legales temporales o definitivos, refugiados políticos, emigrantes ilegales, ciudadanos de las excolonias y ciudadanos de los mercados comunes. Luque Brazán, 2006: 118.

³² Sostienen que la población migrante no es la única que vive y construye su identidad desde diversas comunidades, la de origen y la de acogida, también lo hacen los miembros de las comunidades nacionales, pues al viajar, al negociar, al estudiar en otros países, traspasan fronteras y viven en más de una sociedad, lo que da lugar a individuos que encierran en sí múltiples identidades. Una realidad que no puede ser ignorada al analizar el sentido que debe tener la ciudadanía en plena globalización. Castles, y Davidson, 2000.

³³ Propone la noción de ciudadanía desnacionalizada que trata de desvincular la nacionalidad de la ciudadanía, de tal manera que la residencia se convierta en el vínculo entre la persona y el Estado, para que éste le garantice sus derechos, incluidos los políticos. Bauböck, 2006.

³⁴ Apuesta por una ciudadanía vinculada esencialmente a la dignidad humana y a los derechos humanos en un contexto de gobernanza económica global en el que ha surgido la sociedad internacional. Defiende que el orden social y la protección de los derechos humanos de sus componentes debe ser objeto de negociación y acuerdo con la economía global como única salida para paliar las nuevas lógicas de expulsión de masas de personas en sociedades donde se produce una selección salvaje de quienes las conforman. Sassen, 2015: 11-14.

personas migrantes en las que concurren estas dos causas de discriminación, y con ello la imposibilidad de asimilar la migración de adultos hombres con la migración de niñas, adolescentes y mujeres, y la de menores no acompañados. Estas teorizaciones repiten la misma imagen y representación de la migración que tienen las teorías tradicionales. Los niños, niñas y adolescentes se ven más afectados que los adultos migrantes por la economía global, y por las violencias sociales y estructurales del Estado de acogida, pero también y esencialmente por su condición de menor de edad, de ser una persona en desarrollo. De ahí que reivindicemos que los MENA deben ser tratados jurídicamente como menores, no como inmigrantes irregulares.

Tampoco las teorías feministas que ponen en valor las diferencias, como es el caso de Iris Marion Young³⁵, toman en consideración la especificidad que tienen los menores, y en especial los MENA. Young destaca la importancia del género, la raza, la cultura, el mercado, como significativos a la hora de determinar las violencias estructurales o institucionales que sufren los grupos subdiscriminados, pero no introduce la edad, ni toma en consideración la necesidad de dar reconocimiento en la ciudadanía a niñas, niños y adolescentes. Igual ocurre con las críticas llevadas a cabo por Robert Dahl³⁶ con respecto al modelo actual de democracia y ciudadanía. Ni siquiera las teorías de gobernanza global, entre cuyos autores críticos destacamos David Held³⁷, Claudia Sofía Parada Barrera³⁸ y Adela Cortina³⁹, logran incorporar en sus críticas a los

³⁵ Crea la noción de ciudadanía diferenciada intentando acabar con la noción androcentrista de ciudadanía y dar entrada a la diferencia en la política. Young, 2000: 286 y 296.

³⁶ Inventa la noción de ciudadanía democrática. Visibilizó al colectivo de las mujeres como la mitad de los adultos excluidos de pleno derecho de la noción de ciudadanía utilizada hasta hace 4 generaciones, en torno al final de la 1ª Guerra Mundial. Dahl, 1998: 9.

³⁷ Incorpora la noción de «ciudadanía cosmopolita». Esta noción de ciudadanía toma en consideración los múltiples ámbitos de gobernanza de los derechos humanos. Considera que los líderes políticos son responsables por sus decisiones políticas en los distintos planos de gobernanza global ante los ciudadanos, y la cultura nacional se ve difuminada en este ámbito de gobernanza global. Held, 1997: 265-334.

³⁸ Complementado a la anterior tipología de ciudadanía surge la ciudadanía global en la que se destaca la incursión de nuevos actores sociales y políticos que superan la noción de ciudadanía restringida al ámbito del Estado, en cuanto que ahora son ciudadanos del mundo. Parada Barrera, 2009: 98-111.

³⁹ Crea la noción de ciudadanía intercultural tratando de visibilizar la realidad social actual en la que se hace necesario modificar la ciudadanía para solventar los conflictos sociales ocasionados por la existencia de personas con doble ciudadanía en comunidades transnacionales, en Estados con subunidades políticas que pretenden ser nacionales, y en Estados en los que la presencia migrante es muy significativa. Cortina, 2006: 7-15.

menores de edad y sus reivindicaciones, a pesar de centrar sus críticas en la ciudadanía y en la necesidad de diluir el nacionalismo existente en esta categoría para dar entrada a la diversidad de culturas que hay entre los ciudadanos y a los nuevos actores sociales y políticos que ha creado la gobernanza global, así como a aquellas ciudadanas y ciudadanos con doble identidad cultural que viven en el marco territorial del Estado.

En cuanto a las teorías de la infancia moderna todas tienen como objetivo poner fin a las políticas neoliberales, al Estado mínimo y al adulto centrismo hegemónico en las categorías personales básicas a nivel jurídico-político. La relevancia de estas teorías radica en que pretenden deconstruir la vulnerabilidad jurídica que sufren los menores y jóvenes, en cuanto no ciudadanos. Entre los retos a los que se enfrentan estas teorías, cabe destacar: la necesidad de conformación de un nuevo vínculo entre política, juventud y cultura para atender a las necesidades de las sociedades y Estados actuales (Ocampo, 2011: 287-303). Para alcanzar este objetivo, Jens Qvortrup propone utilizar la misma estrategia y discurso utilizado por el feminismo para ensanchar la ciudadanía y dar en ella entrada a las mujeres. Al igual que en su momento hizo el sufragismo, se destaca que las niñas, niños y jóvenes representan la mitad de la población en Iberoamérica, que llevan a cabo relevantes tareas y responsabilidades en el seno de la familia y en la sociedad, pero las políticas se hacen sin escucharlos y en contra de sus intereses, necesidad y derechos (Qvortrup, 2014: 663-707). No representan estos menores de edad una minoría, ni son un colectivo, son una parte importante y fundamental de la sociedad. Por consiguiente, el Estado para tener legitimidad no puede ignorarlos y no otorgarles estatus de ciudadanía. Estos hechos deslegitiman incluso a aquellos que tratan de justificar la obediencia debida a las decisiones de las instituciones públicas y al derecho desde el principio de las mayorías.

Las categorías jurídicas y políticas y los conceptos y teorías que las conforman no son estáticos, son históricos y por esta razón están sometidos a continuas resignificaciones, tanto desde el poder como desde la sociedad. No existe ninguna cultura incontaminada o propia a proteger, o a salvaguardar de la influencia de otras, porque todas las culturas que existen en el mundo, incluso aquellas que se presentan como naturalizadas, están influidas por otras, y ninguna encierra esencias humanas a proteger. Lo que debemos hacer es proteger y salvaguardar los principios éticos y políticos que encierran las diferentes narrativas sobre derechos humanos, los consensos políticos internacionales establecidos en los tratados y convenciones sobre ellos, porque simbolizan y son

el marco mínimo que proteger por todos los Estados. Es decir, son las líneas rojas que no pueden atravesarse, porque el hacerlo supondría poner en riesgo a la familia humana y a su dignidad.

Debemos poner fin a la creencia de que el bienestar de unos pocos es suficiente garantía para la seguridad de todos. La injusticia, la desigualdad y la discriminación son los acelerantes que hacen prender las violencias sociales y fomentan la inseguridad ciudadana. Fomentar una buena vida en común, para todas y todos, es la mejor garantía para la seguridad y el bienestar de todas y todos, con independencia de su edad, sexo o grupo étnico al que se pertenezca.

Si queremos seguir manteniendo vinculada la democracia a un sistema de mayorías, es necesario que resignifiquemos los viejos conceptos de ciudadanía e identidad cultural para dar entrada en ellos a las y los jóvenes, permitiéndoles participar de forma activa en la vida social y política (Erikson, 1994). En este marco de reivindicaciones se sitúan las teorías sobre la ciudadanía juvenil. Unas teorías que denuncian la exclusión de las niñas, niños y jóvenes de la vida social y política, al considerarlos un proyecto de persona y no como una persona en sí. Además, revisan la noción de autonomía y la construcción identitaria de las chicas y chicos jóvenes, diferenciándolos de las niñas y niños (Hartung, 2017: 11-76). Estas teorías debaten sobre los derechos que deben serle reconocidos a estos adolescentes, entre los que mencionan los derechos políticos, incluido el derecho al voto, los derechos sexuales y reproductivos, y el derecho al trabajo (Liebel, 2011: 23-40). Se considera que «pensar hoy el tema de la ciudadanía, y particularmente de la ciudadanía juvenil, exige serias reflexiones y reconstrucciones críticas en torno a saberes y conceptos edificados históricamente, sobre las bases de unas particulares maneras de comprender la cultura, la sociedad y la política» (Herrera y Muñoz Gaviria, 2008: 191). Por esta razón entendemos que nuestro análisis de la realidad española y salvadoreña puede aportar luz a la reflexión sobre cómo llevar a cabo las resignificaciones y redefiniciones que necesitamos en ambos países. Además, su diversidad o semejanza nos abre la vía desde la que superar los viejos prejuicios, existentes en ambas partes, para mirar de otra manera lo propio y lo diferente, lo común y lo plural, permitiéndonos dar un paso adelante en la construcción de todo aquello que se necesita para proteger de modo adecuado a los MENA. Estamos hablando de nuevas narrativas sobre los derechos humanos, una nueva democracia y Estado, y nuevos instrumentos jurídicos para salvaguardar los derechos de todas y todos, así como la correcta armonía entre los sistemas estatales y el derecho internacional.

El hecho de que los textos internacionales actuales incorporen nuevos enfoques sobre la niñez y la adolescencia, con respecto a los tradicionales, es lo que nos lleva a plantearnos si el modelo que reivindicamos sobre los derechos humanos de los menores migrantes no acompañados es compatible o no con el discurso internacional ya existente, o este debe avanzar más (Zukauskiene, 2014: 175-177). Recordemos que hemos defendido la necesidad no solo de transformar el concepto tradicional de ciudadanía y de sujeto con derechos, también hemos demandado la necesidad de llevar a cabo la construcción de un concepto de «ciudadanía juvenil», en la que queden contemplados los cambios en proceso y los derechos reivindicados por estos grupos sociales. El concepto de ciudadanía juvenil además de dar acceso y reconocimiento a las y los jóvenes a la ciudadanía y a la participación en el diseño de las políticas públicas relacionadas con la niñez y la adolescencia, también incorpora un nuevo modelo social y político, de forma implícita.

El haber comparado la legislación española y salvadoreña nos ha permitido enfrentar dos realidades sociológicas y culturales distintas, pero también dos formas de incorporar a la población joven a nivel jurídico-político como consecuencia del diferente peso que tiene este grupo social. En El Salvador se ha construido la noción de ciudadanía política a partir de su consideración como concepto evolutivo y progresivo, que debe incluir a los adolescentes como sujetos sociales y como futuros ciudadanos plenamente activos. Un modelo participativo al que se denomina «ciudadanía juvenil». En concreto, el artículo 9 b de la Ley de la Juventud, de El Salvador, dispone que «la población joven gozará del derecho al goce y ejercicio de su ciudadanía, reconociéndoles sin distinción alguna como sujetos de derecho y agentes estratégicos del desarrollo nacional»; y en el artículo 9, en el que se les reconoce el «derecho a la participación política y democrática, así como también a ser tomados en cuenta por parte del gobierno central y local, en el diseño, ejecución y seguimiento de las políticas, programas, planes, proyectos y acciones dirigidas hacia la población joven».

A pesar de la relevancia de estos esfuerzos, se debe decir que el modelo de ciudadanía juvenil que incorporan incurre en los mismos defectos que tenía el viejo modelo, esto es, conecta la ciudadanía con la nacionalidad, y, por ende, se vuelve a excluir a las y los jóvenes inmigrantes. En el caso español, el concepto de ciudadanía juvenil ni tan siquiera ha sido desarrollado por una ley especial para las y los jóvenes españoles. Tampoco hemos encontrado una amplia doctrina en la que se discuta sobre la ciudadanía juvenil o infantil. La única referencia hallada es la de Julia Ramiro, quien, con motivo de la última

reforma de la LOPJM, llevada a cabo en virtud de la Ley 26/2015, plantea la idea de crear una ciudadanía activa para los menores basada en la extensión del derecho a la participación como herramienta útil para el mantenimiento del sistema democrático liberal y el orden social, así como para fomentar una cultura cívica liberal desde la infancia. Para esta autora «la idea de ciudadanía (activa) de los niños remite a la necesidad de crear sujetos con una actitud responsable y constructiva para con la sociedad (art. 9 quinquies. 2.b de la Ley 26/2015)». En resumen, conecta la necesidad del desarrollo social a la consideración de los niños como ciudadanos. Una conexión tal necesaria como la adopción de medidas preventivas que eviten que los niños y adolescentes se encuentren en situaciones de riesgo» (Ramiro, 2016: 139-140). Pensamos que la inexistencia de debates en España sobre esta cuestión obedece al hecho de no existir críticas, desde el grupo de las y los jóvenes, al modelo de ciudadanía adulto-céntrica. En Latinoamérica, y en concreto en El Salvador, las presiones de estos grupos son muy importantes cuantitativa y cualitativamente hablando, mientras que en España la población juvenil representa un porcentaje mucho menor en relación con la población nacional. Sirva como ejemplo decir que, en este momento, en Granada (España) por primera vez en la historia el número de nacidos es menor que el de fallecidos.

A pesar de la diferencia numérica entre España y El Salvador respecto a la cantidad de menores y jóvenes que existen, y a su diferente relevancia política, creemos indispensable el desarrollo de la ciudadanía juvenil como pieza clave para la plena integración de todos los menores de edad ya sean nacionales o extranjeros.

Pensamos junto a Durston que

la ciudadanía viene a ser el marco que crea las condiciones para una participación posible. Una noción que abarca terrenos más amplios que la participación política formal, cuya redefinición provoca, a su vez, una redefinición de las bases de identidad que dan derecho a la ciudadanía plena. Definición que ha evolucionado hasta descartar la visión tradicional en que la meta era forjar una sola identidad nacional común, a-culturando personas de las culturas y etnias dominadas como precondition de su ciudadanía. Ejercicio del derecho a la ciudadanía que implica la conversión de la persona en actor social, en forma individual o como integrante de un grupo o una organización. (Durston, 1999: 1)

Además, resulta relevante recordar que los jóvenes inmigrantes parten de una posición de desventaja con respecto a los adultos como consecuencia

del nacionalismo y el adulto centrismo existente en las estructuras jurídico-políticas y los sistemas de protección de los derechos humanos de los Estados occidentales. Motivo por el cual es clave tomar en consideración las críticas que desde la ciudadanía juvenil se realizan al concepto tradicional de ciudadanía, a fin de afrontar los conflictos y desafíos hoy existentes a nivel social y jurídico-político. En la medida en que deconstruimos los límites impuestos al sujeto de derechos y al estatus de ciudadanía dando entrada a la diversidad y complejo desarrollo de lo humano, parece lógico que en paralelo se ensanche el concepto, al tiempo que se complejiza en sus diferentes despliegues.

En las dos últimas décadas, a España «han inmigrado mucho más jóvenes que adultos y que personas mayores. Representando los jóvenes inmigrantes el 21% frente al 10% de los mayores, y los jóvenes españoles, el 15% frente al 17% de los mayores españoles» (Instituto de la Juventud, 2016: 43). Este cambio en el fenómeno migratorio obliga a elaborar respuestas urgentes y adecuadas. La única manera de conseguirlo es generar una conexión identitaria entre estos jóvenes y el Estado de tránsito o acogida, que nacerá del acceso a la ciudadanía y a la participación, dado su estatus de residentes, al no poder ser trasladados a su país de origen y familias (Solanes Corella y La Spina, 2015: 1119-1154). Si esta conexión no se produce, se corre el riesgo de que caigan en redes de prostitución, trata o grupos terroristas, creando un grave problema de seguridad al ser residentes legales en España, segundas generaciones, o menores y jóvenes extranjeros no nacidos en Europa, pero nacionalizados. Sirva decir que, en el año 2015, algunos medios de comunicación daban la cifra de 4000 europeos o extranjeros residentes legales enrolados en las filas del grupo terrorista del Daesh⁴⁰. Un colectivo integrado sobre todo por segundas generaciones de inmigrantes y extranjeros residentes legales, siendo en su mayoría jóvenes y menores (Reinares Carola y García-Calvo, 2016: 21-58).

De todo lo expuesto cabe deducir que la pobreza, la migración y las violencias estructurales que sufren los menores y jóvenes en los Estados de acogida y tránsito representan un eminente y creciente factor de riesgo para la paz y la seguridad. Por todo ello, consideramos razonable y urgente establecer un diálogo intercultural e intergeneracional y desarrollar un nuevo concepto

⁴⁰ Vid. Telesur tv, «Unos 4.000 europeos han sido reclutados por el Estado islámico», 18 de junio de 2015. Disponible en <https://www.telesur tv.net/news/Unos-4-mil-europeos-han-sido-reclutados-por-el-Estado-Islamico-20150618-0059.html> [consultado a 20 de marzo de 2018].

de ciudadanía juvenil con el fin de integrar en las políticas públicas los requerimientos y las necesidades de los menores, y muy especialmente de los jóvenes inmigrantes no acompañados. En todo este proceso se debe de atender a las peculiaridades que presentan los menores y jóvenes, pues no todos tienen las mismas necesidades, ni las mismas demandas. De ahí que deba tomarse en consideración, en primer término, si son menores pobres o no. Para quienes no son pobres, la prioridad es el acceso a la igualdad en derechos y a la ciudadanía; para los segundos, lo relevante es el acceso al trabajo, a la educación y a la formación. A este segundo grupo pertenecen los MENA.

A la luz de los datos de los que disponemos respecto a las y los jóvenes inmigrantes, estos serían una ciudadanía denegada, una ciudadanía de segunda clase y ciudadanía construida. La primera de ellas, la ciudadanía denegada, tiene que ver con la no promoción de la diversidad cultural y el desprecio hacia otras culturas. La segunda de las limitaciones, ciudadanía de segunda clase, tiene que ver con los procesos económicos globalizados. Es indispensable el acceso a una educación adecuada para adquirir destrezas y habilidades para el ejercicio de la ciudadanía y la subjetividad. Solamente mediante la capacitación adecuada pueden los menores tener acceso al mundo de los derechos económicos y sociales. La falta de formación en los jóvenes inmigrantes funciona como una barrera infranqueable para quienes desean hacer uso de la ciudadanía económica. El tercero de los límites, la ciudadanía construida, tiene que ver con la construcción gradual de espacios, valores y actitudes favorables al ejercicio efectivo de la ciudadanía, adquiriéndose, o no, habilidades democráticas (Durstun, 1999: 1-4).

Para finalizar, debemos decir que el fin de este último apartado ha sido, por un lado, reinterpretar las categorías personales básicas y la ciudadanía para poder insertar el discurso evolutivo internacional de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en los sistemas jurídicos y culturales de los Estados. Y, por otro, incorporar nuevos enfoques desde los que afrontar las tensiones que genera el fenómeno migratorio, en especial el relacionado con menores y jóvenes, y más concretamente respecto a los MENA. Lo que nos permite concluir que los mecanismos de protección de los derechos humanos en los Estados de acogida no funcionan como garantes de los derechos humanos de los menores inmigrantes no acompañados, al aplicarse una representación de la niñez, de la persona trabajadora o del inmigrante que no se ajusta a la diversidad de rostros y realidades que muestra en la actualidad el fenómeno migratorio. También, debe reseñarse la criminalización y marginalidad que

sufren los MENA, por entrar en el país de forma irregular, ser pobres y estar solos. Al ser vistos por los Estados esencialmente como un coste económico, tratan por todos los medios de retornarlos, bajo la premisa de que son responsabilidad de sus Estados y familias. Por esta razón, a los que no pueden retornar, y están en edad de trabajar, se le prohíbe el derecho al trabajo, a pesar de tener edad para ello conforme a lo establecido en la legislación estatal. Esto implica dificultar por todos los medios posibles la estancia y la integración de estos jóvenes, es más, incluso se les regulariza y otorga la residencia: el sistema de protección de menores no funciona del mismo modo que lo hace para los menores nacionales declarados desamparados, en situación de riesgo, huérfanos o abandonados (Corona Caraveo, 2007: 32), cuando las medidas a adoptar deberían ser iguales.

Para que el sistema de protección nacional de menores sea eficaz para los MENA, es necesario, en primer lugar, que este sea preventivo con respecto a los posibles actos de violación de derechos que estas personas puedan sufrir, por acción o por omisión. En segundo lugar, que, producidas las violaciones, el sistema repare los daños sufridos al menor. Una de las mejores fórmulas es adoptar la empleada habitualmente para los menores nacionales, es decir, integrarlos en una familia de acogida; en la sociedad, a través del trabajo y la formación profesional, y en la participación política, a través de su reconocimiento como parte de la ciudadanía. Sin embargo, no es esto lo que ocurre. Cuando los jóvenes o menores inmigrantes no acompañados no pueden ser retornados, se activa el último mecanismo que existe: ponerlos bajo la protección del Estado en un centro de acogida, gestionado por la administración pública. La comisaria de justicia, consumidores e igualdad de género Věra Jourová de la UE ha defendido que un tutor o familia de acogida es la clave para conseguir la integración del MENA en la sociedad de acogida de una manera rápida y eficiente⁴¹. Añade que es una obligación internacional del Estado de acogida integrar al MENA en su sociedad y proporcionarle una vida digna, así como garantizarle sus derechos humanos supliéndole su carencia familiar y afectiva (Abdul-Rida y Nauck, 2014: 3101-3142). Italia, Suiza y Francia ya

⁴¹ Esta comisaria en el año 2017 destacó la necesidad de que «los niños migrantes, especialmente aquellos que no van acompañados, deben quedar bajo el amparo de tutores o familias de acogida lo antes posible. La integración de estos niños en nuestras sociedades depende de la rapidez con la que puedan reanudar una existencia más estable». Comisión Europea. Nota de Prensa. *Protección de los niños migrantes: la Comisión destaca las medidas prioritarias*.

han creado nuevas figuras, que se corresponden con la idea de «tutor o familia de acogida» y son el tutor voluntario (Cear, 2017b: 25-26), el representante legal (Suiza. Service Social Internacional, 2017: 158), y el *administrateur ad hoc* (Martínez Mateo, 2019). Sobre estas medidas de protección específicas para los menores migrantes no acompañados profundizaremos en el capítulo 3 y en las «Conclusiones» a modo de propuestas de *lege ferenda*.

El sistema de protección de menores y, en concreto, los centros de acogida deberían ser utilizados únicamente como medida preventiva de los daños que personas físicas, jurídicas o instituciones pudieran causarle al menor, mientras que los órganos o autoridades competentes del Estado determinan la minoría de edad alegada por el sujeto y detectan los daños ocasionados y las necesidades específicas del individuo. Una vez establecida y/o corroborada la minoría de edad, inmediatamente se le debería proporcionar una tutorización o familia de acogida como medida paliativa o restauradora del menor. Una figura clave en la integración y conformación de su ciudadanía.

Nuestra propuesta recoge la teoría de la socialización primaria de Berger y Luckmann, quienes sostienen que la socialización se lleva a cabo esencialmente en la familia, funcionando a través del desarrollo de pautas emocionales más que racionales. Por esta razón, la asignación de un tutor ordinario o «familia de acogida» en la sociedad receptora le proporcionaría al menor o joven migrante los recursos emocionales pertinentes para adaptarse de forma rápida, y conectar mejor con la sociedad receptora y sus valores, reduciendo a mínimos el posible rechazo social. A la vez se generaría un contexto de normalidad, en el que el menor puede desarrollar sin dificultades las habilidades y destrezas sociales que toda persona necesita para la vida, y muy especialmente para la vida en sociedad (Berger y Luckmann, 1968: 162-172). También tiene esta figura entre sus funciones llevar a cabo una tarea de supervisión y acompañamiento, a fin de evitar que se integren en la economía sumergida o en trabajos prohibidos, al tiempo que impiden que sean objeto de explotación.

La incorporación al mercado de trabajo, para cualquier MENA que llega a España o a El Salvador, es esencial. De ahí que sea una prioridad incorporarlos adecuadamente al mercado laboral, a través de la educación y la formación profesional, orientándolos en todo este proceso conforme a sus habilidades y competencias. No olvidemos que el trabajo fomenta la madurez personal, los niveles de responsabilidad y la integración social. No solo, pero esencialmente a través de la educación y del trabajo los niños y adolescentes pobres migrantes

recuperan o reparan la dignidad dañada o perdida en su país de origen y en el de acogida (Bourdillon, 2014: 821-861).

Se debe apostar por una política migratoria juvenil adaptada a la realidad de los nuevos flujos migratorios a nivel global y por una ciudadanía juvenil intercultural. Para alcanzar estos objetivos se debe partir de una teoría evolutiva de las capacidades del ser humano, para lograr una adecuada conceptualización de la ciudadanía juvenil. Un estatus que debe atender a las peculiaridades y necesidades de cada sujeto.

Capítulo 2

EL DESARROLLO NORMATIVO Y CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MENA EN ESPAÑA Y EN EL SALVADOR

*Lo que se dé a los niños,
los niños darán a la sociedad.*
(Karl A. Menninger)

Una vez expuesto y cuestionado el discurso de los derechos humanos de la niñez migrante, las estructuras de poder de los Estados, la cultura de la infancia nacional imperante sobre la que se construyen los sistemas de protección de menores nacionales y la vulnerabilidad política creada a los menores y jóvenes, en el presente capítulo, nos centramos en descifrar:

1. quiénes componen el colectivo de niñez migrante y si los sistemas jurídicos de protección generan vulnerabilidades que se suman a las ya descritas respecto a los menores y adolescentes en el capítulo anterior;
2. desvelaremos las convergencias o divergencias entre los múltiples discursos de la niñez provenientes de los ámbitos de gobernanza supranacional de los derechos humanos que afectan a España y a El Salvador; y demostraremos que, actualmente, ambos Estados están vulnerando el derecho humano al debido proceso, al utilizar el procedimiento específico establecido para los MENA, en el que no se toma en consideración su heterogeneidad. Por esta razón analizaremos la implantación del derecho supranacional a la legislación nacional de menores, migración y extranjería;
3. se expondrán las diferentes denominaciones y conceptos utilizados para nombrar a los MENA en los documentos jurídicos y políticos desarrollados en los distintos niveles de gobernanza. Mostrar la diferente forma de nombrar y de reconocer a este grupo de menores nos aproxima a la construcción de una cultura de la niñez y adolescencia no discriminatoria, pero también nos ayuda a mostrar las debilidades del actual sistema de protección de menores en España y en El Salvador;

4. y, por último, analizaremos los obstáculos legales y administrativos que encuentran los MENA al tratar de permanecer en España y El Salvador.

1. LA NIÑEZ MIGRANTE: UNO DE LOS PRINCIPALES GRUPOS DISCRIMINADOS Y VULNERABLES

Para dar respuesta a la pregunta de quiénes son los MENA, tenemos que descifrar, en primer lugar, las similitudes y las diferencias que existen entre los siguientes términos: niñez en contexto de migración, niñez migrante, y MENA, antes de llegar a descubrir quiénes son los sujetos que comprenden el colectivo de niñez migrante que hemos denominado MENA¹. Este análisis conceptual nos encauza hacia la búsqueda de los instrumentos jurídicos que deben ser analizados para comprender la naturaleza de los distintos sistemas de protección de menores, con especial referencia a los menores inmigrantes no acompañados.

1.1. Una niñez migrante diversa y compleja

En el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos referido a los desafíos y buenas prácticas en la implementación de un marco jurídico internacional para la protección de los derechos de la «niñez en el contexto de migración» de 2010 se ha sostenido que esta tipología de niñez, incluidos los niños y las niñas dejados atrás por sus padres y madres y los niños y las niñas migrantes, son objeto de protección universal como parte del grupo de los niños y las niñas. Al mismo tiempo, se establece en el informe las diferentes «categorías legales» que toman como referencia las clasificaciones que existen de personas migrantes. El elemento común a todas ellas es el hecho de ser menor de 18 años, imponiéndose el deber al Estado receptor de tratarlos ante todo como niños y niñas, con carácter prioritario y preferente a otras condiciones que se puedan dar en estos sujetos (ONU. AGNU, 2010: 3).

¹ En el presente trabajo cuando utilizamos los términos «niño, niña y adolescente» nos estamos refiriendo al término sociológico. Cuando usamos «niño» o «niñez» nos referimos al término universalista que engloba a las niñas, niños y adolescentes bajo el mismo término. Y cuando usamos «menor» o «menores» aludimos al término jurídico civil de menor de edad.

Los principios y derechos establecidos en la Convención sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, son aplicables por igual a todos los niños y las niñas con independencia del Estado de origen, de la nacionalidad o, en el supuesto del apátrida, con independencia del país de residencia habitual anterior del menor, de su situación de solo o no acompañado, o de su condición de migrante, solicitante de asilo, refugiado, víctima de trata, niño o niña de la calle, adolescente trabajador irregular, etc. (ONU. Unicef, 2006: 55-70). Como cabe deducir de esta enumeración de situaciones, bajo la etiqueta de niñez migrante existe toda una diversidad de realidades y vulnerabilidades, que han de valorarse en su especificidad, pero que no pueden anteponerse al hecho prioritario de ser personas menores de edad necesitadas de protección.

La complejidad del tema que nos ocupa deriva, en primer lugar, de la confusión terminológica que existe entre niñez en contexto de migración y niñez migrante². Creemos que ambos términos son utilizados como sinónimos en algunos estudios internacionales y nacionales sobre la niñez migrante, cuando realmente lo que se quiere destacar al emplearlos son las tres vertientes que existen de un mismo hecho: el traslado de uno o de todos los componentes de una familia de un Estado al que pertenecen como nacionales a otro en el que no poseen la nacionalidad, con la intención de establecer su residencia, y su posible retorno al país de origen. En este sentido, podemos distinguir tres grandes grupos de niñez en contexto de migración o niñez migrante que son:

- 1.º niñez que emigra con o sin la compañía de su familia o un adulto responsable a otro Estado del que no son nacionales con la intención de residir en él;
- 2.º niñez que ha emigrado con o sin su familia, que es detectada y retornada al país del que ostentan la nacionalidad, país de origen, o a un tercer Estado seguro;
- 3.º y, por último, niñez, cuya madre o padre o ambos emigran hacia otro país del que no son nacionales, y los dejan atrás en el país del que son nacionales (Ceriani Cernadas, 2015: 862-863).

² Compartimos con Fernando Arlettaz la idea de que el término migrante y extranjero no siempre son coincidentes. Migrante es un término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante. En este trabajo cuando hablamos de niñez migrante nos estamos refiriendo a la niñez inmigrante, esto es a la niñez extranjera. Arlettaz, 2014: 247-260.

Los MENA, objeto de nuestro estudio, pertenecerían al primer grupo señalado. Hasta el momento, el grupo de niñez generalista que ha sido identificado como grupo vulnerable por Naciones Unidas ha sido el de niñez migrante. Un grupo que no contiene un perfil homogéneo, sino que las niñas, niños y adolescentes migrantes pueden estar acompañados por sus padres y madres o responsables legales (niños acompañados), por otros adultos (niños separados) o estar solos (niños no acompañados). Además, se incluyen a los niños, niñas y adolescentes de padres y madres migrantes nacidos en los países de destino tomando la nacionalidad de uno, o de ambos, de sus padres y madres (niños extranjeros), aquellos dejados atrás por sus padres que migran (niños desamparados, abandonados, y/o en situación de calle) y que posiblemente en un futuro cercano terminen migrando para reunirse con sus familias, pudiendo ser deportados, retornados o repatriados (niños deportados, niños emigrantes retornados, niños repatriados) (ONU. Unicef et al., 2014: 10-11). De todos estos grupos diferentes, nosotros hemos seleccionado a las y los menores extranjeros no acompañados (MENA), por considerar que en ellos concurren una serie de factores y situaciones que les hacen ser más vulnerables y necesitados de mayor protección.

A continuación, haremos una breve mención a las discriminaciones y situaciones de vulnerabilidad de los MENA, cuyo contenido doctrinal desarrollaremos en el capítulo 3 de este trabajo.

La primera discriminación que sufren los MENA, como ya expusimos en el capítulo anterior, es una vulnerabilidad sociológica que comparten con el resto de los menores, incluidos los menores nacionales, al no ser considerados sujetos sociales³. La división social entre niños/as y adultos que se realiza

³ «Desde la aprobación de la Convención de los derechos del niño de 1989 el debate doctrinal sobre la infancia gira en torno a la pregunta de si el niño es sujeto social, sujeto de derecho o ciudadano. Todos estos conceptos jurídicos derivan de los discursos contemporáneos en torno a la infancia y a la adolescencia. Para nosotros el niño primero debe ser reconocido como sujeto social antes que sujeto de derecho. En ese sentido, nos adherimos a Jaime Jesús Pérez al definir al niño no como sujeto de derecho, sino como sujeto social de derecho». Pérez, 1998: 45-46. Esto es, solo en la medida que el niño vaya desarrollándose como sujeto social, podrá ir afirmándose como sujeto de derecho. La visión del niño que se propone se basa en la socialización de este. Esto es en un proceso en el que el niño como persona va relacionándose con otras personas y su medio en general. Se busca el reconocimiento del rol activo del niño y de su capacidad para contribuir al desarrollo propio, al de su familia y al de su comunidad. Y en un entorno que está conformado no solo por sus vínculos directos con otras personas que influyen en él, sino también por las instituciones que crean la ley como consenso de la sociedad y que determinan su conducta. Esto significa que entre

de manera arbitraria y que se expresa, por ejemplo, en la capacidad de acceso a un documento de identidad es la que tratamos de superar en este trabajo. Optamos por defender un planteamiento teórico en el que menores de edad y adultos sean igualmente considerados sujetos sociales, aunque con sus propias particularidades y grados de desarrollo. Sirva como ejemplo decir que los niños y las niñas que se ven obligados a trabajar en la calle para ayudar a la economía familiar serán «más adultos» que otros niños y niñas que no tienen esa exigencia, así como aquellos que se han visto obligados a emigrar sin sus familias y solos.

La segunda discriminación es de naturaleza cultural, que comparten con el resto de los menores migrados al no tomarse en consideración su diversidad cultural (por ejemplo, indígenas, afrodescendientes, etc.).

La tercera discriminación, que confluye en estos menores, es conceptual, como consecuencia de ser clasificados de forma diferente según el Estado o el documento analizado, lo que afecta a las decisiones políticas y jurídicas que sobre ellos se adoptan a nivel internacional y nacional y con ello al estatus que se les reconoce. No existe un consenso claro sobre cómo denominar a estos menores y sobre qué situaciones les afectan más y deben ser de forma prioritaria tomadas en consideración. Uno de los hechos a destacar, en primer lugar, respecto a la discriminación conceptual, es la diversidad de denominaciones que sobre ellos encontramos en la regulación regional, nacional y doctrinal. Así, por ejemplo, en el ámbito europeo, en la normativa comunitaria, de acuerdo con Vicent Horcas López, se utiliza la figura conceptual y jurídica del menor no acompañado nacional de tercer país. Un concepto que, según Horcas López, encontramos en la Directiva sobre las condiciones de acogida, la Directiva sobre cualificaciones, la Directiva sobre procedimientos y en la Directiva sobre protección temporal; y también se usa el término menor separado en el Programa

el sujeto social y la sociedad se establece una relación recíproca en la que apenas se llega a distinguir entre cuales son las características innatas de la persona y aquellas que adquiere socialmente. Autores como L. Shamgarhadelman (1994) y N. Lee (2005) establecen que la posición del niño en la sociedad, así como la idea de infancia que la sustenta, se encuentra estrechamente ligada a la capacidad y necesidades de los Estados y gobiernos, en términos políticos. En este caso estaríamos apostando por la implementación del discurso de los derechos en la política nacional de los Estados. El discurso de los derechos, como tal, es muy reciente. Se fundamenta a partir de la actividad desarrollada por la sociología de la infancia para categorizar las personas menores de edad como seres autónomos (King, 2007: 195 y 200), y en el establecimiento del niño como sujeto legal independiente en la Convención de los derechos del niño. Casas, 2006: 34-35; James y James, 2004: 83-84; Kirby y Woodhead, 2003: 266; Landsdown, 2005; Montgomery, Burry y Woodhead, 2003; Moosa-Mitha, 2005: 369-388; Neale, 2002: 456; Roche, 1999: 484.

de menores separados en Europa (Horcas López, 2016: 24-25). La Oficina Europea de Apoyo al Asilo (Easo) nombra a los menores no acompañados como «children arriving alone», «children arriving with an underage or adult sibling», «children arriving with and underage or adult partner/spouse», y «children arriving with adults other than parents» (UE. Easo, 2018: 10-11).

En cuanto a la legislación nacional de los Estados Miembros de la Unión Europea, sirva como ejemplo decir que Alemania y Reino Unido comparten la denominación de «menores no acompañados solicitantes de asilo» y «menores no acompañados y refugiados»; en Italia se utiliza la expresión «menor extranjero no acompañado», «menor en estado de abandono» y «menor extranjero no acompañado con parentesco hasta el cuarto grado» y «menor que tiene progenitores que no ejercen la patria potestad»; en Bélgica se les nombra como «menores extranjeros no acompañados»; en Francia, «menores extranjeros aislados»; en Portugal, «menor no acompañado» o «de crianza separada»; en España, «menor extranjero no acompañado», «menor extranjero que se encuentra en el territorio español en situación de desamparo», «menor inmigrante no acompañado», «menor extranjero indocumentado no acompañado», «menor inmigrante desamparado», «menor inmigrante con vida independiente» y «menor transfronterizo» (Hadjab Boudiaf, 2016: 26-30).

De todos los Estados europeos mencionados España es el país donde a nivel doctrinal más se discute y se analiza a este grupo de los MENA. Durán Ruiz, distingue en el seno de los MENA entre menores en situación de riesgo y menores en situación de desamparo (Durán Ruiz, 2008: 123-154). Gimeno Monteverde los denomina menores que migran solos (Gimeno Monteverde, 2013: 109-122). Para Villagrasa Alcaide, los MENA, en su mayoría, son adolescentes migrantes económicos, desplazados por catástrofes naturales, por desestructuración familiar, por conflictos armados o niños soldado (Villagrasa Alcaide, 2010: 65-94). García Herrera los clasifica en atención a dos situaciones prácticas distintas, según den lugar a la repatriación o bien a la declaración de situación en desamparo. De acuerdo con García Herrera estas situaciones son:

Menores que han llegado al territorio español acompañados de sus padres, tutor o de un guardador de hecho. Supuesto asimilado al de aquellos menores extranjeros que, pese a no estar acompañados por ningún guardador, se encuentran en España regularmente con el consentimiento de sus padres o representantes legales. Y, 2) menores no acompañados por ninguna persona responsable de su guarda y custodia. Son estos últimos los que están en situación de desamparo. (García Herrera, 2016: 48)

Para el fiscal Armenteros León todos los MENA son, ante todo, menores extranjeros, y se clasificarán como menores extranjeros en situación de desamparo, menores solicitantes de asilo, menores extranjeros en quienes no concurre la situación de desamparo, y menores extranjeros incurso en responsabilidad penal (Armenteros León, 2015: 30-154). Y para el fiscal delegado de Extranjería y de Menores de la Fiscalía Provincial de Toledo Antonio Jesús Huélamo Buendía un MENA es un menor abandonado que se encuentra en situación de desamparo⁴. A todas estas clasificaciones consideramos necesario añadir a los menores migrantes que no piden protección internacional por cualquier motivo (falta de información, miedo, no ser el país de destino final), y a los que se les deniega la protección internacional por no cumplir con los requisitos legales para su concesión, menores repatriados que retornan, menores no acompañados de una minoría étnica o grupo indígena, menores inmigrantes huérfanos y menores no acompañados y discapacitados.

También existe controversia en el ámbito regional latinoamericano sobre quiénes son los MENA. Fernando Arlettaz hace referencia a ellos como menores de edad migrantes en el sentido de menores de edad extranjeros, y señala a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos (CIDH) como la precursora de la distinción entre niñas y niños no acompañados, y niñas y niños separados (Arlettaz, 2016a: 201). La CIDH también distingue en la OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental de Uruguay sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, entre niñas y niños en el contexto de migración y/o en necesidad de protección internacional; El Salvador denomina niño, niña y adolescente no acompañado para referirse al menor salvadoreño emigrante retornado, a los inmigrantes no nacionales o extranjeros los nombra «niños y niñas no acompañados solicitantes de la condición de refugiados», «niñas, niños y adolescentes que posean el estatus de refugiado o estén en situación de asilo en El Salvador», y «niñas,

⁴ «Un MENA es un menor abandonado al no haber localizado persona alguna mayor de edad que se haga cargo de este. Por ello, por definición se encuentra siempre en situación de desamparo, en tal sentido el art. 18 apartado segundo de la LOPJM menciona expresamente el abandono de un menor como una situación de desamparo, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla». Huélamo Buendía, 2017: 29.

niños y adolescentes migrantes víctimas de trata»; Argentina los llama niños y niñas extranjeros menores de 14 años que no cuenten con autorización para el ingreso al país, y parte de la doctrina argentina, entre quienes cabe destacar a Laura Victoria Martínez, los denomina niños migrantes no acompañados en contexto de frontera (Martínez, 2014: 242); la doctrina mexicana, entre quienes están Graciela Martínez, Salvador David Cobo y Juan Carlos Narváez, los llaman menores migrantes de tránsito irregular y menores migrantes no documentados (Martínez Cobo y Narváez, 2015: 127-155); por último, en EE. UU., se les denomina «Unaccompanied Alien Children» (UAC) (Durán Ruiz, 2011: 10), «dreamers», «DACA» y «jóvenes indocumentados» (Serrano Sánchez y Villegas, 2018: 325-329).

La diversidad terminológica mostrada respecto a los MENA afecta directamente a su estatus jurídico, al no definirse con claridad quién es un MENA. Por esta razón, el trabajo aquí presentado centra su atención en este grupo de menores, con el objetivo de indicar qué debería modificarse en nuestra legislación para protegerlos de forma adecuada, y cómo prevenir que en un futuro no sean vulnerados sus derechos.

La categoría jurídica central es inicialmente la o el «menor», con independencia de su nacionalidad, su condición migratoria, edad exacta o género. Tomar en consideración este factor, en primer lugar, nos permitirá comprobar cómo se protege a las y los menores, y si el sistema de protección acoge en él a las y los MENA. Una vez analizados los textos jurídicos que hacen referencia a la niñez en general, finalizaremos nuestra exposición con el análisis de los instrumentos específicos desarrollados para cada tipología de niñez, con especial atención a MENA, por las causas ya expuestas. El objetivo último de la exposición es determinar quiénes son los MENA, si es un grupo homogéneo o no, qué estatus jurídico les debe ser aplicado y los diferentes grados de vulnerabilidad que en ellos se concentran, así como los obstáculos legales y administrativos que imposibilitan su permanencia en el Estado en el que han proyectado su vida.

1.2. Los estatutos jurídicos de los MENA: una discriminación legalizada y practicada

A las causas de discriminación expuestas, hay que sumar la confusión existente respecto al estatus jurídico específico que el Estado de acogida y sus autoridades debe reconocerle a los MENA, y si la asignación de un estatuto jurídico

específico es complementario o excluyente del estatus jurídico general y universal del colectivo de niñez. Si consideramos que ambos estatutos jurídicos se complementan, entonces estaríamos ante una concepción de protección universal de niñez en la que el sistema de protección estatal se adapta a las peculiaridades y necesidades de cada menor inmigrante, mientras que si apostamos por la exclusión del estatus general cuando se le asigna a la o el menor un estatus jurídico específico, entonces estaríamos defendiendo un trato diferenciado entre menores migrantes y menores nacionales, dando lugar a lo que denominamos discriminación legalizada y discriminación practicada.

Este tipo de situaciones, que suelen darse en la práctica, genera una clara situación de discriminación prohibida por el artículo 2 de la CDN y por la Observación General número 6 del año 2005 del Comité de los derechos del niño. En estos textos se señala que el Estado parte debe de adaptar su legislación interna y su sistema nacional de protección de menores de tal manera que no se produzca una discriminación en el Estado de acogida basada en la situación de no acompañado o separado del menor inmigrante, en su condición de refugiado, solicitante de asilo o condición de migrante. El Comité de los derechos del niño, en su Observación número 21, ha añadido que los niños pueden ser objeto de formas múltiples e interrelacionadas situaciones de discriminación, por ejemplo, sobre la base del género, la orientación sexual y la identidad o expresión de género, la discapacidad, la raza, el origen étnico, la condición de indígena, la situación de inmigración y la pertenencia a grupos minoritarios. Con una especial atención a los niños y las niñas de la calle. Sobre todas estas situaciones de discriminación de los MENA, profundizaremos en el capítulo 3.

Aquí solo debemos aclarar que el término «niños de la calle» engloba a todos aquellos menores inmigrantes no acompañados que no son captados por las autoridades policiales o administrativas del Estado de acogida, o aquellos otros que se fugan del centro de protección de menores y que acaban viviendo en la calle. Para estos casos, el Comité de los derechos del niño señala que el principio de no discriminación incluye motivos de origen social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, y conlleva aparejada la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas encaminadas a corregir la situación de desigualdad sustantiva⁵.

⁵ ONU. Comité de los derechos del niño, Observación General núm. 21 sobre niños de la calle, 2017: 10 y 11.

Como vemos, se es muy consciente de que existen diversas infancias y adolescencias migrantes, estatus jurídicos, sistemas de protección, e interpretación del principio de no discriminación que requieren por parte de los Estados de acogida la urgente adaptación de sus políticas y su legislación migratoria a esta realidad, con el objetivo de impedir que se produzcan situaciones graves de discriminación por tratos diferenciales injustos. Esto implica reconocer que las únicas diferencias de trato, racionales y razonables, son aquellas que atienden a las específicas situaciones de protección en atención a la edad, sexo, previsión de posibles prejuicios o de actitudes de rechazo social. También se llama la atención sobre los límites que existen a la hora de establecer medidas policiales o de otro tipo con base en la seguridad, el control o el orden público, con respecto a estos menores⁶.

Todo lo expuesto nos permite sostener que tanto en España como en El Salvador existe la obligación internacional de otorgar un trato igualitario a todos los menores, nacionales o extranjeros, prevaleciendo siempre la condición de menor sobre el resto de las condiciones (inmigrante, irregular, no acompañado, etc.). Por consiguiente, ambos Estados deben cumplir con la obligación internacional de proteger a los menores sujetos a su jurisdicción estén o no acompañados de un familiar o adulto responsable (Claro Quintáns y Lázaro González, 2016a: 272-273).

Una vez aclarado que todos los menores deben ser objeto de la misma protección y cuidado, pasaremos a exponer los estatus jurídicos específicos que les son aplicados al grupo MENA, dada la diversidad de situaciones que incluye esta demonización, y la evolución, que en ocasiones se da al asignar al menor en un primer momento una categoría jurídica y más tarde otra distinta⁷. Advertimos, que, aunque no hemos encontrado una tabla de clasificación de los MENA por razón de su estatus jurídico, nosotros hemos considerado necesario realizarla. La clasificación presentada ha sido efectuada a partir de los distintos instrumentos jurídicos, políticos y resoluciones del ámbito supranacional de gobernanza de los derechos humanos de la niñez y adolescencia

⁶ ONU. Comité de los derechos del niño, Observación General n.º 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen 2005: 8.

⁷ Realizamos esta clasificación de los MENA atendiendo a las razones de la llegada de éstos a otro país, y al estatus jurídico otorgado a cada menor extranjero o apátrida no acompañado con un contexto específico. Comisión Europea, Plan de Acción sobre los menores no acompañados 2010-2014, COM (2010) 213 final, 6 de mayo de 2010: 2 y 9.

migrante analizados. Con la siguiente salvedad, hemos incluido a sujetos en nuestra clasificación que todavía no son contemplados en las categorías jurídicas analizadas a nivel supranacional de los MENA, pero que entendemos que deben serlo⁸.

Es preciso señalar que no existe un estatus jurídico de «MENA» en el ámbito de gobernanza supranacional (Mercado Pacheco, 2005: 127-150). Al contrario, nos encontramos ante un grupo heterogéneo que, atendiendo a sus peculiaridades personales y estatus jurídicos reconocidos, está compuesto por las y los siguientes menores:

- Menor extranjero o apátrida, solicitante de asilo y no acompañado (menores-desplazados que cruzan las fronteras de su país hacia otro por motivos de guerra, y que permanecen en un centro cerrado, mientras un Estado se pronuncia sobre su solicitud del estatus de refugiado, o permanecen en el territorio del Estado donde realizó la solicitud de asilo).
- Menor extranjero o apátrida, beneficiario de protección temporal o de otro tipo de protección humanitaria y no acompañado (menores desplazados externos, potenciales solicitantes de asilo, llegados al territorio de un tercer Estado, de forma espontánea o con ayuda, y detectados entre un grupo importante de personas desplazadas procedentes de un país o zona geográfica determinada).
- Menor extranjero o apátrida, refugiado y no acompañado (menores-desplazados externos por motivos de guerra a los que se les ha concedido el estatus por algún país; menores perseguidos por razones de religión, raza, etnia, género, a los que se les ha concedido el estatus por algún país; niñas y niños desplazados por catástrofes naturales; niñas y niños desplazados externos por motivos de violencia social, estructural e institucional; menores reclutados a la fuerza por pandillas que huyen

⁸ Los menores que consideramos que todavía no son incluidos jurídicamente en el término MENA son: 1. los menores reclutados por pandillas que huyen del país en el que se les obliga a delinquir, en cuanto que no entran dentro del concepto de refugiado; 2. los menores trabajadores irregulares en cuanto que no entran dentro del concepto de trabajador migrante; 3. los menores obligados a delinquir por redes de tráfico internacional en cuanto que no entran dentro del concepto de víctima de trata; 4. Los menores en situación de calle en cuanto que no entran en ninguna categoría jurídica mientras no se encuentren en un centro de protección; y 5. todos los menores irregulares en cuanto que entrarían dentro de los márgenes potestativos que los Estados tienen para controlar los flujos migratorios, aunque se trate de menores.

del país en el que se les obliga a delinquir, y menores refugiados reubicados de un Estado en el que se les ha concedido el estatus de refugiado a otro Estado).

- Menor extranjero o apátrida, víctima de trata de seres humanos y/o en situación de calle⁹, y no acompañado (menores-trabajadores irregulares y explotados; menores-víctimas de tráfico de órganos; menores-víctimas de pornografía infantil; menores-prostitutos forzados; menores forzados a mendigar¹⁰ o delinquir por redes de tráfico internacional).
- Menor extranjero o apátrida, trabajador irregular y/o en situación de calle¹¹ y no acompañado (trabajador irregular en economía sumergida y no detectado por las autoridades policiales o administrativas correspondientes).
- Menor extranjero o apátrida, beneficiario de protección subsidiaria y no acompañado (menores a los que no se le otorga el estatus de refugiado, pero cumplen con otros requisitos para otorgarles otro tipo de protección internacional).
- Menor extranjero, migrante irregular y no acompañado (menores migrantes que no piden protección internacional, o a los que se les deniega la misma; menores traficados¹²; menores víctimas de trata a los que no se les reconoce un trato especial o se les deniega la condición

⁹ El Comité de los derechos del niño identifica a los MENA como uno de los grupos de niños más proclive a ser víctima de trata, y que ello dé lugar a la situación en calle del menor migrante. Y viceversa, los MENA en situación de calle pueden acabar siendo víctimas de trata. Por lo que invoca a la aplicación de una perspectiva de género en los sistemas nacionales de protección de menores. Comité de los derechos del niño, Observación General núm. 6, Tratado de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 2005: 9; y Observación General núm. 21 sobre los niños de la calle, 2017: 22.

¹⁰ «Los MENA con discapacidad a veces son explotados con fines de mendicidad. Los MENA y niños de la calle también pueden correr el riesgo de desarrollar una discapacidad debido a los efectos negativos de los aspectos de la vida en la calle, como la violencia, la explotación y el abuso de sustancias. La discapacidad intelectual y la psicosocial pueden hacer que los niños de la calle sean especialmente vulnerables a la explotación y el maltrato». ONU. Comité de los derechos del niño, Observación General núm. 21 sobre los niños de la calle, 2017: 20.

¹¹ Es una categoría jurídica nueva de MENA que ha empezado a identificarse por el sistema universal de derechos humanos de la niñez. ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 21 sobre los niños de la calle, 2017: 16.

¹² Al contrario de lo que sucede con el menor no acompañado víctima de trata, el menor no acompañado traficado no accede a un estatus jurídico internacional de protección. Por ese motivo, lo enmarcamos dentro del colectivo de los menores irregulares. Lleliott, 2017: 238-269.

jurídica de víctima de trata; menor repatriado; menor de una minoría étnica o grupo indígena; niño soldado; menor que llega al territorio del Estado acompañado de sus padres, madres, tutor o guardador, y una vez allí, se queda solo; menor que se encuentra en el territorio del país sin compañía, pero con el consentimiento de los padres, madres o representantes legales; menores no acompañados por ninguna persona responsable de su guarda y custodia; menores desplazados por desestructuración familiar; menores migrantes económicos; menores sin protección o en situación de calle; menores infractores administrativos, y menores en conflicto con la Administración)¹³.

- Menor extranjero o apátrida, en situación de desamparo y no acompañado (menores abandonados; menores en desamparo; menores de filiación desconocida; menores huérfanos; menores discapacitados; menores con problemas de salud física y mental y/o en situación de calle).
- Menor extranjero o apátrida, en conflicto con la ley y no acompañado.

Todos y cada uno de las y los menores mencionados son sujetos desprotegidos por los Estados implicados en el fenómeno migratorio: el Estado de origen, Estado/s de tránsito y el Estado receptor. Al fin y al cabo, todos estos menores son menores abandonados, desamparados o huérfanos, ya sea por sus familias, o bien por las instituciones de los Estados, aunque no se les llame así, y lo son por la sencilla razón de no disponer de una familia, sociedad o Estado que se haga cargo de ellos ni en origen ni en destino, y por no reconocerlos tampoco, como ya vimos en el capítulo anterior, como sujetos sociales, ciu-

¹³ Para Elisa Ortega Velásquez «el término de niño inmigrante irregular hace referencia a todas las personas que son menores de 18 años, que se encuentran fuera de su país de origen, o nacionalidad, para trabajar o reunirse con su familia, o cambiar de residencia de manera temporal o definitiva, y que tienen una condición migratoria irregular, ya sea que se encuentren acompañados, o no, por un familiar. Entre estos niños están: a) niños que llegan al país de destino para reunirse con sus familias pero que no se inscriben en los esquemas oficiales de reunificación familiar o no consiguen documentación válida a través de estos programas; b) niños que entran de forma irregular con uno o varios parientes, o no acompañados; c) niños que han escapado de sus familias y se encuentran solos; d) niños nacidos en el Estado receptor, pero cuyos padres o tutores son irregulares; e) niños con estatus regular pero que viven con padres o tutores en situación irregular; f) niños sin permiso de residencia o con visados caducados, y g) niños que forman parte de familias cuyas solicitudes de asilo han sido rechazadas». Ortega Velásquez, 2015: 188 y 193.

dadanos y sujetos con derechos. Este hecho delata a las estructuras estatales tradicionales, las cuales se manifiestan claramente insuficientes para «acoger» a estos niños, niñas, adolescentes, y hacerse cargo de ellos como si se tratara de su propia infancia o adolescencia, sin juzgar cuál es su origen y sin dictaminar ni justificar el retorno de estos por todos los medios a su país de origen, sin antes determinar cuál es el interés superior individualizado para cada uno de los sujetos estudiados.

2. LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA «NIÑEZ MIGRANTE» EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Hasta aquí hemos analizado la discriminación y vulnerabilidad sociológica, cultural, y conceptual de los MENA. Una cuarta tipología de discriminación que visibilizaremos aquí es la jurídica. Nos referimos a la existencia de múltiples instrumentos jurídicos internacionales que conectan de algún modo con los derechos humanos de cada uno de estos menores; es decir, como niñas y niños, como refugiados, como solicitantes de asilo, como personas trabajadoras irregulares, como víctimas de trata, etc. (Borrás Rodríguez, 2010: 11-37).

En este apartado nos encargaremos de visibilizar el *iter* de construcción de los derechos y libertades de la niñez inmigrante, y en especial de la extranjera o apátrida no acompañada. La construcción de los derechos de los niños y las niñas ha pasado por varias fases a saber: una fase declarativa, una fase de positivización y una fase de internacionalización; aunque algunos autores destacan una cuarta fase, la de especialización. Pensamos que este estudio jurídico se enmarca en la cuarta fase, la de especialización, pero referida a la niñez migrante (Hierro Sánchez Pescador: 2014: 129-141). Para componer nuestro propio discurso sobre los derechos humanos de la niñez migrante, hemos partido de nuestra propia clasificación, distinguiendo tres etapas o momentos históricos relevantes a nivel jurídico internacional respecto a la niñez y adolescencia. La primera etapa, comprende de 1919 a 1949; la segunda etapa va de 1950 a 1990; y la tercera etapa, de 1991 a la actualidad. La razón de esta clasificación es que en cada una de ellas encontramos un imaginario distinto de niñez y adolescencia, en especial, respecto al rol que deben desempeñar las familias, los Estados o las sociedades.

2.1. La falacia de la protección de la infancia moderna: del individualismo supervisado al yugo adultocentrista

Durante la primera etapa histórica en el desarrollo del derecho internacional de menores y del sistema de protección universal de los derechos humanos existe la tendencia, por un lado, a reconocer, proteger y otorgar un trato jurídico diferenciado a dos tipologías de infancias migrantes: los menores inmigrantes trabajadores legales y los menores y víctimas de trata. Niñez migrante que es protegida y reconocida en instrumentos jurídicos vinculantes. Y, por otro lado, a un desarrollo moralista de protección universal de la niñez junto al correlativo sistema universal, en el que pasan de ser niños a ser menores y un apéndice de los padres y madres.

El eje fundamental sobre el que giraba la protección de la niñez migrante, en un primer momento, fue su condición de niñez y los peligros a los que se sometían a estos menores cuando salían del espacio jurisdiccional y territorial de su nación por motivos económicos. Durante el período de 1919 a 1949, la niñez y adolescencia se entendió como una etapa más en el desarrollo humano de la persona, en la que el adulto tenía el rol de protector y guía del menor. Una protección que era suplida por el Estado, cuando la persona adulta responsable no asume su labor de protección y cuidado respecto al menor. En estos momentos cabe destacar el derecho al trabajo reconocido a los menores y el papel relevante que poseen en el entorno familiar, como miembros de la unidad familiar y de la sociedad, lo que hace posible que adquieran capacidades y destrezas a través del trabajo, contribuyendo a las cargas familiares. Unos hechos que les hacen sentirse parte activa de la sociedad. Aunque la realización del trabajo está sometida a inspección y vigilancia, dada la necesidad de protección¹⁴.

La protección de la infancia trabajadora, y en concreto, del derecho al trabajo en condiciones justas y humanas del niño en cualquier país implica, además, el derecho a la integridad personal, que ya venía siendo reconocido y defendido desde que finalizó la 1ª Guerra Mundial, en el Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919. En este Tratado se reconoce el derecho al trabajo

¹⁴ Las diferencias socioeconómicas de cada individuo son el factor clave para desvelar como es percibido el trabajo de un menor. Este puede ser percibido de dos maneras: como un elemento de integración social y familiar que le ayuda a su formación y desarrollo integrales; y como un perjuicio o detrimento al desarrollo integral del menor (Bonet Pérez, 2010: 215-238).

en su artículo 23 a y el derecho a la integridad personal del «niño», al fin de evitar que pudieran ser víctimas de tráfico de personas, o víctimas de trata de personas, en artículo 23 c¹⁵. A partir de entonces, se definió el trabajo y el sentimiento de pertenencia comunitario como dos de los elementos claves para el desarrollo del menor, y para conseguir conformar en el futuro un adulto sano. Cabe destacar, por su importancia, que estos dos derechos se consideraban esenciales para la integración de cualquier menor en cualquier sociedad.

El derecho al trabajo y la obligación de protección del menor se extendía a los menores inmigrantes trabajadores legales, en virtud del artículo 6 del Convenio sobre los trabajadores migrantes núm. 97 de 1 de julio de 1949 (Bolaños Vásquez, 2013: 127-129), al incorporar el principio de no discriminación al trabajador inmigrante legal y el principio de igualdad de trato en materia de trabajo de los menores, siempre que estuviera reglamentado por la legislación del Estado receptor o dependiera de las autoridades administrativas foráneas el ejercicio del derecho al trabajo por parte de los menores¹⁶.

De todo lo expuesto cabe deducir que queda prohibida cualquier tipo de discriminación del MENA en el ejercicio de su derecho al trabajo en España, con base en su condición de inmigrante no acompañado, dado que el derecho al trabajo de los menores estaba contemplado en la normativa laboral española para los menores de 14 años por la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. La edad mínima de 16 años para la obtención de la capacidad laboral es fijada posteriormente por la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (Cámara Botía, 2003: 130-131). Tampoco cabe discriminar a los menores no nacionales en la legislación de inmigración y extranjería. La única condición que este texto internacional impone para aplicar la igualdad de trato entre menores nacionales y extranjeros es permanecer de

.....

¹⁵ El art. 23 a y c del Tratado de Versalles de 1919 dispone que «[d]e acuerdo con las disposiciones de las convenciones internacionales existentes o que en lo futuro se ajusten, y sujetos a ellas, los miembros de la Liga: a) Tratarán de obtener y mantener justas y humanas condiciones de trabajo para hombres, mujeres y niños, tanto en sus propios países como en todos los países a los cuales se extiendan sus relaciones comerciales e industriales, y para tal fin establecerán y mantendrán las necesarias organizaciones internacionales. Confiarán a la Liga el control general de la ejecución de los convenios relativos al tráfico de mujeres y niños; y al tráfico de opio y otras drogas peligrosas» (Universidad de Sevilla, 1920: 195-196).

¹⁶ España ratificó este Convenio el 21 de marzo de 1967, y aún está en vigor. El Salvador no es parte de este Convenio, por lo que no le sería aplicable. Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre los trabajadores migrantes, núm. 97, 1949. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:11300:0:NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312242.

manera legal en el país, y esto es lo que sucede con los MENA que no son retornados y a los que se les tramita la residencia por la autoridad administrativa correspondiente. Por consiguiente, el Estado receptor deberá proteger además de a sus nacionales, a los no nacionales, y facilitar en materia de extranjería la autorización de residencia y exceptuación de trabajo a aquellos menores inmigrantes que tengan la edad necesaria para poder trabajar de acuerdo con la legislación nacional de cada Estado.

En virtud del derecho internacional ratificado por el Estado receptor se está obligando a proteger a la niñez inmigrante no acompañada trabajadora legal y también a la niñez inmigrante regular o irregular que haya sido víctima de tráfico ilícito de personas o de trata de personas en cualquiera de sus variantes.

La razón esencial de la intermediación del Estado de acogida en la protección de los menores inmigrantes no acompañados es el hecho de no disponer de una familia trabajadora inmigrante regular o una familia autóctona de acogida junto a ellos, que les proteja física y emocionalmente de los ataques que pudieran sufrir. En ese sentido, coincidimos con Rivas Vallejo, Canós Darós y Ramón Fernández, cuando señalan a los MENA como uno de los colectivos de niñez migrante, en la actualidad, más propensos a caer en la clandestinidad a la hora de trabajar irregularmente, siendo objeto de explotación laboral por personas o empresas ajenas a su entorno familiar e incluso por multinacionales o por redes de tráfico o trata de personas (Rivas Vallejo, 2010: 371-393; Canós Darós y Ramón Fernández, 2010: 393-405). Algunas de estas empresas poseen un ámbito regulador de sus relaciones laborales que escapa a la soberanía de los Estados. Todo lo anterior es consecuencia de la mundialización de la economía, y de la existencia de redes con fines de explotación laboral que instrumentalizan a estos menores. Redes que no pueden ser perseguidas al no contemplarse la categoría de adolescente inmigrante económico en la legislación de migración y extranjería nacional del Estado receptor del MENA.

En la segunda parte del desarrollo internacional de los derechos de los menores se establece un sistema específico de protección de la niñez, a partir de la Declaración de los derechos del niño de 26 de septiembre de 1924, y el sistema de protección universal de las personas con la Declaración Universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948. La infancia se había convertido en el objeto oficial de las relaciones internacionales entre Estados, con base en esta Declaración. Una Declaración en la que se establece un conjunto de principios, o guía moral, que deben ser aplicados a cualquier tipo de

niñez y adolescencia con independencia de la nacionalidad, sexo, discapacidad etc. Esta protección universal, de los derechos de la niñez y adolescencia, ha ido configurándose y desconfigurándose por parte de los Estados como consecuencia, al menos en teoría, de establecerse en la Declaración de 1924 obligaciones potestativas y no vinculantes. No obstante, cabe destacar que se inicia la universalización de la responsabilidad de los Estados, en la protección del niño, a partir de la idea de humanidad¹⁷. Las niñas, niños y adolescentes habían sido reconocidos como un colectivo social con derechos y como futuros constructores de una sociedad desarrollada en esa Declaración (Verhellen, 1993: 357-376). Esta universalización de la protección de la niñez fue introducida por Eglantyne, fundadora de Save the Children, quien mostró en todo momento preocupación por lo que pasaba con las hijas e hijos de los enemigos. Por esta razón, reclamó la necesidad de establecer unos mínimos morales básicos en la protección de todos los menores, por parte de toda la humanidad (Bolzman, 2008: 26-36). Se entendía que la protección y la cobertura de las necesidades de las y los menores era una prioridad, en la que no cabía discriminación alguna¹⁸.

Esta moral universal básica serviría de base a la construcción de un derecho internacional de los menores aplicable a cualquiera de los sujetos MENA, extendiendo los derechos y el sistema de protección de las personas migrantes y de los menores nacionales al grupo de menores objeto de nuestra investigación.

La protección especial y universal del menor se logra a través de la imposición de 5 valores morales esenciales, que recoge la Declaración de 1924 y que son: el derecho al desarrollo material y espiritual; la protección especial en el caso de estar hambriento, enfermo, desadaptado, abandonado o de «ser deficiente» o huérfano; el derecho a la atención prioritaria en caso de cala-

¹⁷ El Preámbulo de la Declaración de los derechos del niño de 1924 recoge esa universalización de la responsabilidad al disponer que «[p]or la presente Declaración de los derechos del niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad, o creencia». Esto da lugar a una responsabilidad universal de los adultos para con los niños y las niñas que pasen por determinadas situaciones que son especificadas en la Declaración.

¹⁸ En este contexto Eglantyne entiende por enemigo a todo aquel adulto nacional de otro Estado al que nos enfrentamos en el campo de batalla. El campo de batalla actual estaría entorno a la «atrocidad» como elemento excluyente de los sistemas de protección. Marshall, 1999: 103-147.

midad; el derecho al trabajo y a la libertad económica, y el correlativo deber de protección especial al menor en el ejercicio de este derecho y libertad; y el derecho a la educación y a la creación en él del sentimiento de responsabilidad social. Todos estos derechos se traducen en la creación progresiva de la autodeterminación del menor. El fin último es conseguir la auto-valía del menor para sostenerse, sin tener que depender de un adulto responsable, que generalmente son los progenitores.

Solamente este menor será ayudado y protegido por un adulto que no forma parte de su núcleo familiar en circunstancias especiales, como es el caso de estar hambriento, enfermo, ser deficiente, desadaptado, huérfano y abandonado. En todas estas circunstancias se considera que la niña, niño o adolescente están en situación de vulnerabilidad, hecho por el cual los adultos tienen la responsabilidad, como familia humana, de suplir las carencias de protección familiar cuando sea necesario.

Se pretende compensar la vulnerabilidad, mediante el desarrollo de condiciones de resiliencia en el menor a través del socorro de un adulto que los acoge y les ayuda a compensar los daños, y a superar las situaciones que padecen como consecuencia de una guerra o pérdida del ser querido responsable de su desarrollo físico y/o emocional. Estamos ante la figura de un adulto sustituto de la familia, que tiene como fin ayudar a estos menores a reponerse y a superar la vulnerabilidad que padecen, con el objetivo de promover su autonomía e incorporación a la sociedad (art. 2 Declaración de 1924)¹⁹. Esta colaboración y protección se extiende también de forma prioritaria a todas aquellas vulnerabilidades generadas por circunstancias naturales (art. 3 de la Declaración de 1924)²⁰.

En todas aquellas situaciones que no encajen en las anteriores, el niño tiene derecho al trabajo y a la libertad económica como un derecho intrínseco a la condición humana (art. 4 Declaración 1924)²¹, puesto que toda persona tiene el deber de sostenerse por sí misma mientras pueda. Cuando este deber

¹⁹ El art. 2 de la Declaración de 1924 establece que «el niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados».

²⁰ El art. 3 de la Declaración de 1924 dispone que «el niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad».

²¹ El art. 4 de la Declaración de 1924 dispone que «el niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación».

sea incapaz de realizarse de forma satisfactoria por el menor, entonces será un adulto responsable quien cuide de este. Dada la relevancia que el acceso al trabajo tiene para cualquier persona, la incorporación al mismo deberá siempre ir acompañada de la protección de una persona adulta, quien se responsabilizará de que no sea explotado el menor o adolescente, y de que sus derechos sean respetados.

Y, por último, el menor de edad también tiene derecho a recibir apoyo o soporte de un adulto para su inserción en la sociedad, mediante la creación de un vínculo de pertenencia con la sociedad en la que vive y trabaja. El sentimiento de pertenecer a una comunidad crea lazos afectivos y emocionales, hasta el punto de conectar el futuro desarrollo del grupo social. Este vínculo permite desarrollar responsabilidades con los otros integrantes, sentirse parte de la vida en común, y parte de los intereses generales, al tiempo que sujeto con derechos. La construcción de este vínculo se realiza de forma habitual en el seno de la familia, pero cuando no se tiene familia, la institución responsable de crearlo es la escuela y el sistema educativo, y la sociedad (art. 5 Declaración 1924)²². El derecho al trabajo y el derecho a la educación se configuran, pues, como dos derechos esenciales en el buen desarrollo del menor de edad para su correcta inserción social.

Junto a la intervención social, a través del sistema educativo, hay que desarrollar políticas públicas dirigidas a completar el desarrollo integral del menor; en otras palabras, hay que adoptar medidas dirigidas a promover el desarrollo físico, psíquico y emocional del menor. Esto implica velar por la autovalía e independencia del menor, quien comenzará a ejercerla a través del ejercicio del derecho al trabajo y de la autonomía personal ligada al mismo.

La Sociedad de Naciones realiza un relevante cambio conceptual respecto a la niñez y adolescencia en 1948 (Veerman, 1992: 156; y Ghebali, 1972: 473). A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (DUDH)²³ la responsabilidad humanitaria universal con respecto a la niñez y adolescencia desaparecerá, lo que resulta sorprendente. Basta con atender al preámbulo de esta Declaración para entender la exclusión: «Considerando que los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en

²² El art. 5 de la Declaración de 1924 dispone que «el niño debe ser educado inculcándose el sentido del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo».

²³ VV.AA. (s. f.), *Declaración Universal de los derechos humanos de 1948*. Recuperado el 16 de noviembre de 2016, de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>.

cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre». El sujeto de referencia es el hombre adulto, aunque en el artículo 1 se diga: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

La razón principal, en mi opinión, está en el artículo 2, en el que se dice:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Este proceso de igualación entre adultos, menores y adolescentes a nivel de derechos humanos, que en teoría ha sido valorado como clave en el discurso de los derechos humanos, tiene efectos negativos respecto a la protección específica que hasta ese momento había existido para menores y adolescentes. Se rompe el contexto de universalidad en materia de derechos humanos de la infancia y la adolescencia, así como la responsabilidad que, en su protección, sin distinción, asumía la familia humana. La conexión que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 establece entre persona y derechos humanos no logra el objetivo de universalidad que se trata de establecer respecto a los adultos, y coloca a infantes y adolescentes en una situación de menor protección, e incluso diríamos de no reconocimiento como sujetos con intereses, necesidades y objetivos propios.

Los niños y las niñas pasan a partir de este momento a considerarse propiedad y responsabilidad de sus progenitores, y en segundo lugar del Estado que les otorga la nacionalidad²⁴. Como es fácil de observar, es un sistema de

²⁴ La doctrina de la patria potestas ha sido incrustada en los textos jurídicos y políticos desde 1948. Este debate filosófico y político sobre la posición que deberían ocupar los niños y niñas no es algo nuevo, sino que grandes pensadores como Thomas Hobbes sostenían que los menores eran objeto de dominación natural de sus padres y no tenían un estatus diferente al de un sirviente. Una posición en la que los padres eran dueños, incluso, del trabajo de sus hijos. John Locke, por

protección y garantía de los derechos humanos que ha sido configurado para y por los Estados nación, girando el reconocimiento universal de los derechos humanos alrededor del derecho a la nacionalidad, establecido en el art. 15 de la DUDH y de la familia como unidad mínima de la sociedad²⁵.

No olvidemos que los derechos humanos básicos que el Estado protege y garantiza, y que a nivel constitucional califica como derechos fundamentales, le son reconocidos exclusivamente a los nacionales, quedando los extranjeros fuera del marco de protección de la Constitución. Esto implica que los otros, los extranjeros, quedan sometidos a una normativa específica que establecerá los derechos que les son reconocidos y las garantías que se anudan a los mismos. Es decir, hay un catálogo de derechos humanos para los nacionales, y otro diferente para los extranjeros. Esta diferenciación, como es lógico suponer, afectará también a niñas, niños y adolescentes extranjeros, quedando fuera de lo que ya les había sido reconocido: el derecho a ser tratados como lo que son esencialmente, «niños». Además, es un sistema de protección que no contempla como sujetos con derechos a los apátridas. Esta exclusión, no es una presunción, está consumada en la regulación del principio de prohibición de la discriminación que no los considera expresamente. Principio recogido en el artículo 2.1 de la DUDH, al disponer que «toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición». No obstante, se podría considerar que el apátrida está contemplado dentro de «cualquier otra condición». Aunque parte de la doctrina argumenta que las niñas, niños y adolescentes eran reconocidos y nombrados, lo cierto es que sufrieron graves violaciones a sus derechos humanos entre 1954 y 1989 respectivamente. Años en los que se aprobaron instrumentos jurídicos vinculantes específicos para apátridas y menores.

En la DUDH no se hace referencia expresa al menor, tal y como acabamos de mostrar, exceptuando la etapa de desarrollo humano denominada infancia o niñez. A esta etapa se le otorga una protección especial, pero los

otra parte, defendía la teoría de la legitimación de la propiedad, exceptuando a los niños de su teoría. Cuando se trate de niños abandonados, en riesgo, o huérfanos será el Estado que les ha dado la nacionalidad el propietario de estos niños y su trabajo. Archard, 1993: 293-301.

²⁵ El art. 15 de la DUDH dispone que «toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad».

menores y adolescentes son vistos como sujetos-objetos de atención, en especial de las madres como sujetos cuidadores²⁶. En ese sentido, el artículo 25.2 de la DUDH establece «la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social». El objetivo principal de este precepto era proteger a las madres solteras y a sus hijos e hijas, no pareciendo imponer al padre responsabilidad especial o deber alguno respecto al cuidado y protección, salvo el derivado de la igualdad de protección social que se declara respecto de todos los «niños». La estrecha conexión que se impone entre maternidad e infancia hará recaer socialmente sobre las mujeres fuertes responsabilidades en la protección y cuidado de sus hijas e hijos. De este anudamiento parece deducirse que las y los menores y adolescentes estarán bien cuidados siempre y cuando permanezcan junto a sus madres, lo que pone fin al reconocimiento de espacios de autosuficiencia para menores y adolescentes, implantándose la cultura de la infancia dependiente. Un imaginario que permanecerá a partir de entonces siempre ligado a la cultura de protección de menores y adolescentes.

Este retroceso respecto a los derechos sociales de menores y adolescentes y a su reconocimiento como sujetos sociales afectará a las legislaciones nacionales y al derecho internacional. Los menores y adolescentes dejaron de ser parte de la sociedad, miembros activos en la estructura familiar, para pasar a ser propiedad de los progenitores, y por tanto dependientes absolutamente de su voluntad. Se les contempla como un colectivo social al que debe educarse obligatoriamente para ser incorporados, una vez formados y alcanzada la mayoría de edad, al mercado de trabajo y a la ciudadanía (Verhellen, 1993: 357-358).

Una vez expuestos los cambios que se produjeron en la normativa internacional en materia de protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, debemos centrar la atención en las estructuras de poder encargadas de modular la niñez, y especialmente la niñez inmigrante no acompañada. A mediados del siglo XX existía una preocupación sobre cómo conformar

²⁶ «Hay una tendencia a considerar que los niños y las niñas son propiedad de los padres, de los adultos, por lo que su participación está supeditada a los criterios de obediencia y sumisión, en el fondo a las pautas dictadas por los que se sienten dueños de los niños. Esto todavía existe como ideología de la función maternal y paternal, es decir, los niños son la primera responsabilidad de los padres». Cussiánovich Villarán, 2007: 28.

un modelo de ciudadanía que se ajustara a las exigencias y demandas del capitalismo imperante en los Estados nación. Era prioritario educar a un trabajador-ciudadano ejemplar, y para conseguirlo era imprescindible adiestrar en el arte de la obediencia, de ahí la primacía del yugo parental en la estructura familiar. Todo el proceso educativo en el seno de la familia tenía como objetivo esencial aprender a reconocer la autoridad y a respetarla. Por esta razón, el menor o adolescente es aún un sujeto-objeto bajo la protección de la madre, en cuanto al cuidado, y la autoridad del padre. La minusvaloración que se lleva a cabo de estos niños, niñas y adolescentes los lleva a perder los márgenes de independencia que antes se les reconocía, así como su consideración de sujetos con algunos derechos, especialmente el derecho al trabajo (Cordero Arce, 2015a: 87-218). En la DUDH se excluye al sujeto adolescente que es a quien le estaba permitido trabajar, y no se hace mención alguna a la etapa de desarrollo humano de la adolescencia. Una etapa clave en el desarrollo de las personas, y una etapa inicial de acceso al mercado de trabajo, reconocida como tal de forma habitual por las legislaciones nacionales. Es más, los Estados receptores de MENA reconocen a esta etapa de desarrollo humano como el inicio en el ejercicio del derecho al trabajo, si bien, en ocasiones, bajo la protección y autorización parental, como es en el caso español²⁷ y el salvadoreño²⁸.

Si atendemos a este cambio, cabe decir que, desde esta Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, se está excluyendo del ámbito de protección internacional y de responsabilidad social y estatal a los menores extranjeros o apátridas que acceden al territorio de un tercer

²⁷ «Debe observarse que el art. 7 del Estatuto de los trabajadores determina como edad mínima para el acceso al empleo los dieciséis años en España, con independencia de la ley personal que rija a los sujetos extranjeros» (González Agudelo, 2011: 94). El Estatuto de los Trabajadores además de fijar la edad mínima para trabajar establece unas reglas sobre la capacidad de contratar en función de la edad. Solo tienen capacidad laboral quienes tienen plena capacidad de obrar: los mayores de edad y los menores emancipados conforme al Cciv. Por el contrario, tienen una capacidad laboral limitada los mayores de 16 años y menores de 18 años no emancipados. En ese segundo caso, se completa su falta de capacidad con la autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo. Cámara Botía, 2003: 132.

²⁸ En el caso salvadoreño la edad mínima para trabajar es de 14 años, pero pueden trabajar también los menores a partir de los 12 años en trabajos ligeros (art. 114 Código del Trabajo). Estos menores contratarán por medio de sus representantes legales, con su autorización, y cuando falten estos, por medio de las personas de quienes dependan económicamente o de la Procuraduría General de los Pobres (art. 115 Código del Trabajo). Márquez Argueta, Vásquez Ponce y Salazar Pineda, 2003: 15.

Estado para trabajar y que permanecen de manera legal, y, más aún, cuando vienen sin la compañía de un adulto. Los MENA y trabajadores quedan, pues, excluidos del ámbito de protección de las sociedades y de los Estados nación. Por consiguiente, los Estados no tienen obligación moral o jurídica de otorgarles el derecho al trabajo de manera legal, ni la obligación de protegerlos en su territorio, al menos si atendemos a la literalidad de la DUDH. Esto motiva que se comience a excluir a los menores como inmigrantes económicos y a construir la imagen de los MENA como refugiados y víctimas de trata. Por esta razón, la centralidad del discurso de los derechos humanos girará en torno a la protección de esas dos categorías sociales, políticas y jurídicas, y a la desprotección del resto de los MENA.

La protección de los MENA refugiados surge del artículo 14.1 de la DUDH al disponer que «en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país». El derecho al asilo y al refugio comenzará a desarrollarse en este instrumento que continuará evolucionando hasta la aprobación de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 28 de julio de 1951, con los inconvenientes que veremos más adelante.

Y la protección de los MENA víctimas de trata nace con el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 2 de diciembre de 1949²⁹. Una norma que es elaborada en connivencia con el cambio de imaginario de la niñez y adolescencia, y el olvido de la obligación de protección de la niñez migrante. Este nuevo instrumento jurídico vinculante pretende devolver la protección a las y los menores migrantes víctimas de trata haciendo referencia expresa a los niños y niñas inmigrantes y a la obligación de los Estados parte de protegerlos en su jurisdicción, incluido el Estado receptor (art. 17)³⁰. El Convenio inicia, junto a

²⁹ Firmado y ratificado por España el 18 de junio de 1962 (BOE núm. 230 de 25 de septiembre de 1962). El Salvador no es parte de este Convenio. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&clang=_en [consultado a 28 de marzo de 2018].

³⁰ El art. 17 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena dispone que «las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar o mantener, en relación con la inmigración y la emigración, las medidas que sean necesarias, con arreglo a sus obligaciones en virtud del presente Convenio, para combatir la trata de personas de uno u otro sexo para fines de prostitución. En especial se comprometen: 1) A promulgar las disposiciones reglamentarias que sean necesarias para proteger a los inmigrantes o emigrantes, y en particular a las mujeres y a los niños, tanto en el lugar de llegada o de partida como durante el viaje».

muchos otros, un trato jurídico específico diverso al resto de los inmigrantes para las y los niños inmigrantes víctimas de trata, estén o no acompañados por sus progenitores.

El debate doctrinal girará desde entonces en torno a la universalidad o no de la niñez migrante, alrededor de los peligros que envuelve el derecho al trabajo y la protección del Estado de acogida. El «niño» pasará de ser responsabilidad y propiedad de los padres y madres, a ser responsabilidad del Estado y bajo su protección social (Verhellen, 1993: 357-376). En este movimiento de titulares responsables, queda por el camino lo esencial: desarrollar un sistema universal de protección en el que todos los actores colaboren en el desarrollo y salvaguarda del menor y adolescente.

2.2. La aparición de estatutos específicos para la niñez y la instauración de un sistema internacional de protección para la niñez diversa

La etapa histórica comprendida entre 1950 y 1990 se caracteriza por la aparición de nuevos regímenes específicos para la niñez migrante, distintos a los ya establecidos para las víctimas de trata y trabajadores legales. Se puede decir que comienza a construirse un nuevo imaginario de niñez migrante acompañada, así como múltiples estatus jurídicos específicos, con la finalidad de proteger al refugiado, apátrida, e hija/o reagrupado por un adulto trabajador inmigrante. Ninguno de estos nuevos estatus hace referencia expresa a la niñez inmigrante no acompañada.

Además, cabe destacar durante este periodo el afianzamiento del sistema universal de protección de la niñez con la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN)³¹. A pesar de no existir durante esta etapa la noción de MENA, hablándose solo de niñez migrante acompañada, consideramos fundamental el estudio de todos estos instrumentos jurídicos específicos, dado que son los antecedentes de la CDN, y nos sirven para explicar por qué razón el procedimiento aplicable y el reconocimiento del sujeto MENA es tan distinto en España y en El Salvador.

³¹ España ratificó esta Convención el 6 de diciembre de 1990 y entró en vigor el 5 de enero de 1991. El Salvador la ratificó el 10 de julio de 1990 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Información disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en [consultado a 29 de marzo de 2018].

Comenzamos el estudio de estos instrumentos jurídicos específicos aludiendo en primer lugar a la Convención sobre el estatuto del refugiado de 28 de julio de 1951³². El modelo transversal de refugiado plasmado en este texto de nuevo se corresponde con el varón adulto acompañado de su familia (mujer e hijos). La única referencia a los «niños» a lo largo de la Convención está en su anexo, párrafo 2, al disponer que «los niños podrán ser incluidos en el documento de viaje de un miembro de la familia o, en circunstancias excepcionales, de otro refugiado adulto».

La falta de mención a los menores se debe al uso de un concepto restringido de refugiado. Los estándares aplicables al refugiado son el de un hombre adulto y con nacionalidad atribuida, excluyendo al resto de la población. Todo ello, a pesar de que mujeres y menores y adolescentes representan el 80% de los refugiados del mundo (Smith, 2016: 65-66). Entre los excluidos están también los calificados como menores extranjeros o apátridas y no acompañados.

Se puede pensar que la Convención sobre el estatuto del refugiado se limita a reconocer como sujetos de derechos a aquellos que la normativa internacional identifica como tales en ese momento, lo cual es cierto, pero al hacerlo crea una normativa que se muestra ciega a la realidad, al no contemplar la posibilidad real de que los menores viajen o huyan no acompañados de su familia y no tengan una nacionalidad atribuida. Por ende, no visibiliza a los no acompañados y tampoco a los apátridas. Haber incluido a todas las personas sin distinción, en este momento, hubiese sido fundamental, como lo es hoy. Baste con decir que, solo en el año 2015, han desaparecido en Europa más de 10000 niñas y niños refugiados y no acompañados. Estas cegueras evidencian la necesidad de que las normativas, nacionales e internacionales, se desarrollen e interpreten atendiendo a las realidades y a las necesidades que tratan de regular y de resolver.

Tres años más tarde de aprobarse la Convención de los refugiados se aprueba el estatuto específico para los apátridas. La Convención sobre el estatuto de los apátridas de 28 de septiembre de 1954³³ ignora una vez más a la

³² Esta Convención está ratificada tanto por España como por El Salvador. España la ratificó el 14 de agosto de 1978, y El Salvador, el 28 de abril de 1983. Información disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0506> [consultado a 29 de marzo de 2018].

³³ Convención ratificada por España el 12 de mayo de 1997, y por El Salvador, el 9 de febrero de 2015. Información disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1247.pdf?view=1> [consultado a 29 de marzo de 2018].

niñez migrante no acompañada. La importancia de este instrumento está en que extrae del colectivo de los indocumentados a los sujetos que eran identificados como apátridas o sin nacionalidad atribuida, reconociéndoles el acceso a un documento de viaje, un derecho no reconocido en otros instrumentos del derecho internacional.

La Convención define en el artículo 1.1 quiénes son los apátridas: «el término apátrida designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación». En principio, al no haber diferenciación por edad, estarían incluidos también los menores de edad, inclusive los MENA. También se declara principio fundamental la prohibición de discriminación, en el artículo 3, obligándose a los Estados parte a la aplicación de esta Convención sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen. A partir de este momento ningún apátrida será tratado peor que cualquier extranjero que posea una nacionalidad y se halle en el territorio de un tercer Estado. No obstante, consideramos que el inconveniente principal de este instrumento es el modelo transversal de persona migrante que instaura. Esto es, un modelo patriarcal y adulto centrista excluyente de las mujeres (en tanto no madres) y niñas y niños que viajan solos³⁴. Prueba de ello, es que se aluda solo a los «niños» en el Anexo, párrafo 2, al disponer que «con sujeción a los reglamentos del país de expedición, los niños podrán ser incluidos en el documento de viaje del padre o de la madre o, en circunstancias excepcionales, en el de otro adulto».

Cinco años más tarde se aprobará la Declaración de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1959. Un instrumento que no contempla ya la protección universal de los niños con independencia de la nacionalidad en cualquier sociedad y Estado, y que revierte la protección de los menores al seno de su familia, la sociedad y el Estado de origen al disponer en el principio 3 que «el niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad» (Levesque, 1993: 267-269). Un derecho que no fue desarrollado estableciendo la correlativa obligación de los Estados de proporcionar nacionalidad también

³⁴ Los menores que viajan solos son menores que se desplazan a través de las fronteras internacionales como resultado de una decisión autónoma, aunque muchas veces sea conocida y compartida por su familia biológica. Son nuevos actores migratorios que obligan a redefinir al menor migrante y la responsabilidad estatal como tutores de estos. La razón por la que se excluye a los menores no acompañados en la migración es producto de una construcción política e ideológica lejana al reconocimiento de sujetos de derechos. Suárez Navas y Jiménez Álvarez, 2011: 12-13.

a los niños, niñas y adolescentes apátridas. Esta exclusión tiene graves consecuencias puesto que provoca su exclusión del discurso internacional de los derechos humanos de menores y adolescentes.

La Declaración sobre los derechos del niño de 1959 reincide en la vinculación de los derechos del menor con los de su progenitora³⁵, ya iniciada en la DUDH de 1948, al disponer en su principio 4:

el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y posnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Maternidad, cuidado y protección de menores y adolescentes aparece como un todo. A este respecto no nos queda más remedio que señalar la extrañeza que supone hacer responsable a las mujeres del cuidado y protección de menores y adolescentes, al mismo tiempo que se las ignora como sujetos sociales relevantes y actoras del proceso migratorio. También desaparece de este texto la responsabilidad social y estatal para con las hijas e hijos de los enemigos, al no ser mencionados en ninguna de las 10 premisas que recoge esta Declaración. Es sorprendente que los expulsados del sistema de protección internacional de menores, en 1959, sean precisamente las personas más necesitadas de protección y más vulnerables, en especial menores y adolescentes apátridas y extranjeros.

Igualmente son ignorados y quedan fuera del sistema de protección internacional los menores y adolescentes extranjeros o apátridas que antes, en la Declaración de 1924, eran catalogados como hambrientos, enfermos, deficientes,

³⁵ Esta vinculación de derechos entre madre e hijo genera la irresponsabilidad del padre, así como repercusiones negativas para la mujer que sea madre, y para el hijo que no cuente con un padre que lo respalde. La responsabilidad compartida de ambos progenitores con respecto al hijo será introducida en 1979 con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en cuyo preámbulo se establece lo siguiente: «Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto» (Binstock, 1998).

desadaptados, huérfanos y abandonados³⁶. A partir de este momento, ni la sociedad ni el Estado receptor tendrán responsabilidad alguna u obligación moral para con estas personas, siendo considerados irregulares en el país al que acceden y del que no son nacionales. Los graves retrocesos que implican estos textos jurídicos, los cuales tratan de solventar los problemas específicos de algunos grupos sociales, nos parecen injustificables. A las sociedades y a los Estados parece interesarles solo proteger a menores y adolescentes acompañados de adultos responsables, y no la de quienes más protección necesitan, los no acompañados.

De todos los menores excluidos y no reconocidos existe un grupo que sufre más esta invisibilidad. Nos referimos a las y los adolescentes que emigran por razones económicas, tratando de buscar trabajo para mantenerse a sí mismos, y en algunos casos también para ayudar en la subsistencia de sus familias. Unos sujetos que hoy día cobran relevancia debido a la nueva realidad social y económica que ha empujado hacia un cambio de rol familiar, en el que los y las adolescentes juegan un papel fundamental como sostenedores de sus familias (Lázaro González, 2007: 152). Para hacernos una idea «unos 168 millones de niños y niñas en el mundo siguen atrapados en el trabajo infantil, forzados a trabajar principalmente en la agricultura, industria y comercio del sexo, para mantenerse a sí mismos y a sus familias. Y estos son más que el total de niños y niñas que hay en toda Europa» (Save The Children, 2017: 18). Mediante estas cifras queremos reflejar la gravedad del tema que nos ocupa. Y con ello, hay que afirmar que el hecho de privar del derecho al trabajo a estos niños y niñas pobres que logran establecerse en España y en El Salvador, y el no reconocerlos como sujetos sociales, les coloca en una situación de mayor discriminación y vulnerabilidad con respecto a otros grupos de niñez. Recordemos, como ya habíamos expuesto, que en esta etapa de desarrollo humano los Estados ya les reconocen a sus nacionales el derecho al trabajo, aunque establezcan prohibiciones para etapas anteriores. Un derecho, el derecho al trabajo, no lo olvidemos, clave para el desarrollo de la subjetividad y la autonomía personal.

La falta de distinción entre niños, niñas y adolescentes y del catálogo de derechos que le corresponde a cada uno de manera diferenciada atendiendo a la etapa del desarrollo humano de cada sujeto deriva del disenso internacional.

³⁶ Recordemos que el artículo 2 de la Declaración de los derechos del niño de 1924 disponía que «el niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados». Esta premisa desaparece en la presente Declaración.

Esto es, en la Declaración de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1959 se intenta discernir entre niñez y adolescencia, pero no se llega a alcanzar el consenso necesario debido a las divergencias existentes entre Estados respecto a la edad exacta en la que finalizaba la niñez, así como tampoco sobre el rol que deben de asumir menores y adolescentes en la sociedad y en el Estado. Resulta curioso que anteriormente estas diferencias no fueran significativas, y que a medida que más conocimiento científico se tiene sobre la evolución y desarrollo humano más impedimentos políticos y jurídicos existan para alcanzar consensos. Estos hechos explican la generalización realizada al nombrar niño en la Declaración de 1959 a todo aquel sujeto menor de edad, dejando en manos de los Estados decidir cuándo finalizaba la niñez y el rol social a asumir durante esta etapa (Bäckström, 1989: 35-44).

La Declaración se limita a instaurar los 10 principios que deben regir las relaciones de los adultos con los niños y las niñas, entre los que cabe destacar, por la relevancia en nuestro trabajo, la restricción respecto al derecho al trabajo. Un derecho que pierde su pasada centralidad, para pasar a ocupar una posición secundaria con respecto al derecho a la salud y a la educación. Prueba de ello es el principio número 9 de la Declaración, donde se establece que

el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Tras esta suma de vaguedades, se oculta el reforzamiento de la figura del varón adulto y padre de familia como eje productivo de la familia y de la sociedad, lo que implica *de facto* ocultar el trabajo realizado por mujeres y menores dentro y fuera del hogar, pero que no es remunerado.

A continuación, se aprobaron el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, ambos de fecha de 16 de diciembre de 1966. Ambos Pactos solo reconocen a menores y adolescentes como miembros de una familia, de la sociedad y el Estado (el de origen), sin dedicarles atención alguna (Carmona Luque, 2011: 42-49).

Treinta años después de la Declaración de los derechos del niño de 1959 se promulga la Convención de los derechos del niño, donde de nuevo y dando un paso adelante se reconoce a menores y adolescentes como sujetos con derechos propios, y parte esencial de la sociedad. Este instrumento lo desarro-

llaremos más profundamente en el siguiente apartado. No obstante, aquí cabe destacar que con esta norma se vuelve a la protección universal de todas las personas menores y adolescentes (Sagberg, 2017: 24-35). Si bien el problema esencial aquí girará en torno a la interpretación del articulado de la CDN y sobre dónde estarían encuadrados las y los MENA. A diferencia de las declaraciones de 28 de febrero 1924 y de 20 de noviembre 1959, la Convención de 1989 posee naturaleza vinculante, lo que implica la imposición de obligaciones a los Estados que la ratifiquen y aprueben. Además, esta protección se extiende a menores extranjeros o apátridas migrantes no acompañados³⁷. También cabe destacar que la CDN ha permitido una interpretación y adaptación continua a la realidad social y económica cambiante y a las necesidades de protección que evidenciaban los múltiples tipos de niñez (art. 1 CDN).

Para concluir diremos que esta segunda etapa histórica en la evolución de los derechos de menores y adolescentes finaliza con la incorporación de la noción de hijo reagrupado por un adulto trabajador inmigrante mediante la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990³⁸. Con esta normativa termina de conformarse el imaginario de la niñez migrante. Una vez más el referente es el adulto varón inmigrante a quien se le reconoce el derecho a la reagrupación familiar, ignorándose el hecho del menor o adolescente, lo que genera su exclusión como sujeto con derechos propios. Los menores y adolescentes son vistos solo como apéndices de sus progenitores, especialmente del padre trabajador y productor, y por tanto como sujetos pasivos de la reagrupación familiar. Mediante este instrumento el derecho al trabajo de los menores se convierte en un derecho secundario, primando ante todo el derecho a la educación, lo que genera discriminación en menores y adolescentes migrantes económicos no acompañados. El modelo de trabajador migrante se restringe hasta el punto de establecerse como modelo de trabajador migrante al hombre adulto sano, acompañado de su mujer e hijos.

³⁷ En este texto, se vuelve a incluir bajo el término «niño» a los niños, las niñas y los adolescentes, al disponer en su art. 1 que «[p]ara los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

³⁸ Convención ratificada por El Salvador el 14 de marzo de 2003 con algunas reservas. España no tiene ratificada esta Convención. Información disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en [consultado a 30 de marzo de 2018].

Recordemos que nos encontramos en la década de los noventa, por lo que resulta inexplicable la ceguera cognitiva que todavía existe respecto a las mujeres migrantes, las y los menores y adolescentes migrantes.

2.3. La «niñez inmigrante no acompañada», y su otro yo, la «niñez inmigrante privada de su entorno familiar»

En la tercera y última etapa de nuestro análisis debemos retrotraernos a la CDN de 1989, la cual será el principal instrumento objeto de nuestro estudio, dado que es la columna vertebral del sistema internacional de protección de menores vigente. Esta norma ha servido para dismantlar la consideración de la niñez migrante acompañada como la única existente, y para construir un nuevo imaginario en el que tiene cabida la niñez inmigrante no acompañada en sus múltiples perfiles y tipologías. Además, cabe señalar que, en la protección de la niñez inmigrante no acompañada, ha sido decisiva la intervención del órgano de interpretación, supervisión y control de la Convención, esto es, el Comité de los derechos del niño (arts. 43 a 45 CDN). Un órgano que emite observaciones generales que sirven de guía de actuación a los Estados parte. A través de este órgano comienza a identificarse al colectivo de los MENA, así como todas aquellas situaciones que les generan vulnerabilidad³⁹. El objetivo de esta identificación es desarrollar medidas que puedan corregir o reducir las discriminaciones existentes en estos menores y adolescentes, así como las obligaciones que deben imponerse a los Estados con respecto a las hijas/os de los no nacionales.

2.3.1. Definición internacional de «no acompañado» y «separado»

Comenzamos este apartado advirtiendo que la noción internacional de menor extranjero no acompañado no coincide con la definición europea que viene construyéndose desde el año 1997 mediante la Resolución del Consejo relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países, Resolu-

³⁹ Sobre el valor legal que se concede a las observaciones generales del Comité de los derechos del niño y los múltiples factores de vulnerabilidad que distingue en ellas, profundizaremos en los siguientes capítulos. Utilizamos el término vulnerabilidad porque es el que emplea el Comité. Sin embargo, en nuestra opinión sería más correcto hablar de discriminación y situaciones de vulnerabilidad.

ción que desarrollaremos en el siguiente apartado. La comunidad internacional no hace alusión a este concepto de menor no acompañado y menor separado hasta el año 2005 mediante la Observación número 6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen⁴⁰. Sin duda alguna el desarrollo europeo no hubiese sido posible sin las bases establecidas por la CDN en materia de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. No obstante, desde aquí advertimos que la noción europea es más restrictiva en derechos y libertades a la niñez migrante no acompañada y a la separada que la regulación internacional y la interamericana.

Con respecto a la diferencia entre el término de «no acompañado» y la noción de «separado», cabe señalar que la doctrina internacionalista ha venido debatiendo desde hace tiempo sobre la asimilación, o no, del término menor extranjero no acompañado (MENA) y la de menor extranjero separado, así como sobre la necesidad de diferenciar ambas realidades. Nosotros entendemos que esta última opción, la diferenciación entre ambos términos, es la más correcta. Postulamos por la figura del menor extranjero que se encuentra solo, sin la compañía de ningún familiar, guardián o tutor legal, es distinta de aquella otra en la que el menor se encuentra separado de sus progenitores o de sus tutores, pero no de otros familiares. El primero de ellos, a nuestro modo de ver, junto a Durán Ruiz (Durán Ruiz, 2011: 18), tendría su origen internacional en el artículo 20⁴¹ de la CDN, y el menor extranjero separado de sus progenitores, que no de otros familiares o adultos responsables, lo tendría en los artículos 9 y 10 de la CDN⁴².

⁴⁰ ONU. Comité de los derechos del niño, Observación General núm. 6, trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 2005.

⁴¹ Art. 20: 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Parte garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

⁴² Art. 9. «1. Los Estados Parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá

Estos últimos dos preceptos abordan la situación de los separados, así como la reunificación familiar en el Estado del que no son nacionales (Trinidad Núñez, 2012: 56-59; González Martín y Vestri, 2012: 171 y 177).

De entre estas dos tipologías de menores extranjeros señaladas, los no acompañados y los separados, nos hemos centrado en los MENA, por su más alto nivel de vulnerabilidad al encontrarse solos y alejados de su familia y referentes culturales. Cabe destacar que los MENA son denominados por el artículo 20 de la CDN como «niño privado de su entorno familiar». No obstante, la Observación General número 6 se refiere a esta nomenclatura como menores extranjeros no acompañados.

Desde aquí advertimos que la distinción internacional entre menores extranjeros no acompañados y separados que establece la Observación General número 6 no existe en el ámbito europeo, pero sí en el interamericano. La única categoría de menor extranjero que la normativa de la UE contempla es la de menor extranjero no acompañado. Por ese motivo, consideramos que el *quid* de la cuestión está en no asumir como única y cierta la definición europea, a pesar de su primicia reguladora, adoptando por el contrario el término

a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Parte se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas». Art. 10.1. «De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Parte a tenor de lo dispuesto en el párr. 1 del art. 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Parte garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. 2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Parte en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Parte respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención».

«MENA», y precisando, como ya hemos adelantado, que estos pueden incluirse en el artículo 20 de la CDN de 1989. Esta interpretación internacional, opuesta a la regulación europea, se fundamenta en el principio de legalidad y en la función de máximo intérprete del Comité de los derechos del niño respecto a la CDN y sus protocolos (Carmona Luque, 2011: 310).

Valoramos el artículo 20 de la CDN como un precepto clave en la construcción de la noción de MENA en el ámbito internacional. La ambigüedad de su redacción ha permitido que pueda ser interpretado y adaptado a la cambiante realidad social internacional, dando cabida en el sistema de protección internacional a cualquier tipo de niñez que tenga la mala fortuna de vivir contextos que le sitúan en condiciones de mayor vulnerabilidad. Este es el caso de la niñez inmigrante no acompañada, con independencia del estatus jurídico que le corresponda.

Esta niñez y adolescencia posee una dignidad inherente y unos derechos inalienables que abarcan, entre otros, la supervivencia, la no detención, el debido proceso, el pleno desarrollo de sus capacidades, la participación, la protección frente a la violencia, la no discriminación, que les sean proporcionados cuidados alternativos especiales, la preservación de su identidad y la asistencia jurídica gratuita (William, 2015: 1254-1255). Derechos y garantías internacionales que se han ido desarrollando progresivamente a partir de la interpretación del articulado de la CDN, permitiendo que se contemple a los MENA como niñas y niños inmigrantes privados de su entorno familiar de manera temporal o permanente, y a partir de aquí desarrollar un sistema de protección universal de la niñez con independencia de su nacionalidad, situación migratoria, su edad, género, raza, el estar o no en compañía de un adulto o familiar responsable, etc. El principal error usualmente cometido es considerar que solo existen estatutos específicos de protección para los MENA que sean refugiados, víctimas de trata y apátridas, y no ver la heterogeneidad de este colectivo y los distintos estatus específicos acumulativos atendiendo a las características y vulnerabilidades particulares de cada niño.

2.3.2. El colectivo heterogéneo de los no acompañados y sus vulnerabilidades específicas

Una vez determinado el precepto en el que tienen cabida los MENA en el marco internacional, el paso siguiente es precisar, dada su heterogeneidad, las vulnerabilidades específicas que dan lugar a la adopción de medidas espe-

ciales en cada categoría jurídica de MENA. Como hemos visto, la CDN es el único instrumento clave para descifrar quiénes son los MENA hoy día. No obstante, debemos señalar que no ha sido fácil establecer quiénes pueden ser considerados MENA, entre otras razones, porque existe un relevante vacío legal. Sin embargo, consideramos, al igual que Cyara Smith, que este vacío podría ser cubierto por el artículo 8 de la CDN. Un artículo que dice así:

1. Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Entendemos que de este precepto deriva la obligación por parte de los Estados de, una vez conocida la presencia de un MENA en su territorio, identificar si se trata de un menor extranjero no acompañado o, por el contrario, de un menor extranjero separado (Smith, 2014: 155).

Una vez realizada esta identificación, el Estado deberá proceder a la valoración del grado de la vulnerabilidad del menor para otorgarle el tratamiento jurídico adecuado. Para llevar a cabo este proceso de valoración de forma correcta se hace imprescindible conocer cómo interpretar y aplicar la Convención a este grupo heterogéneo que son los MENA. En la presente investigación apostamos por seguir el planteamiento de parte de la doctrina, entre quienes está Jorge Cardona Llorens, quien señala que en la CDN se pueden diferenciar ocho grupos de normas: relativas al ámbito de aplicación; los principios generales que la inspiran; las medidas generales que deben adoptar los Estados en relación con la Convención; la especificación de los diversos derechos en atención a la situación particular de las niñas y los niños; las obligaciones relativas a la protección de las niñas y los niños ante violaciones de derechos a las que están más expuestos y son especialmente vulnerables; las obligaciones establecidas para niñas y niños que se encuentran en situación de doble o triple factor de vulnerabilidad, con el fin de reducir las barreras que impiden u obstaculizan el ejercicio de sus derechos; las disposiciones relativas al control de aplicación de la Convención, y las disposiciones finales, que regulan la firma, la entrada en vigor, las reservas, etc. (Cardona Llorens, 2012: 47-68).

Atendiendo a los ocho grupos de normas de la CDN, consideramos que los MENA aparecerían regulados en el sexto grupo de normas. Unas normas

que imponen obligaciones al Estado para aquellos supuestos en los que menores y adolescentes estén en situación de doble (o triple o superior) vulnerabilidad, a fin de reducir las mayores barreras que encuentren para el ejercicio de sus derechos. Consideramos que las niñas y los niños privados de su ambiente familiar son vulnerables por su condición de ser o estar privados de su ambiente familiar (estar solo o no acompañado por la familia) y por su condición de menor. Estos dos factores de vulnerabilidad nos permiten aplicar las obligaciones recogidas en el apartado cinco. Estimamos también que a las y los menores extranjeros no acompañados les sería de aplicación el sexto grupo de normas⁴³, al encontrarse en situaciones de discriminación múltiple⁴⁴. No debe olvidarse que estos menores y adolescentes están expuestos al trabajo infantil (art. 32 CDN), al consumo de drogas (art. 33 CDN), a la explotación sexual (art. 34 CDN), al secuestro, venta y trata (art. 35 CDN), u otras formas de explotación (art. 36 CDN), o de la detención y castigo (art. 37 CDN).

A la niñez inmigrante no acompañada o niñez inmigrante privada de su ambiente familiar se suma, además, entre otros factores de discriminación: ser refugiados (art. 22 CDN), discapacitados (art. 23 CDN), estar a cargo de instituciones públicas (art. 25 CDN), pertenecer a grupos minoritarios o indígenas (art. 30 CDN), encontrarse en conflictos armados (art. 39 CDN y Protocolo participación de los niños en conflictos armados), estar en conflicto con la ley (art. 40 CDN), ser víctimas de trata de seres humanos (art. 35 CDN

⁴³ ONU. Observación General conjunta núm. 3 del Comité de Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y núm. 22 del Comité de los derechos del niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, 2017: 1-2.

⁴⁴ La discriminación múltiple la identificamos con la pertenencia del MENA a varios grupos discriminados y con la acumulación de situaciones de vulnerabilidad. Estos grupos discriminados son configurados, entre otros, por sociólogos y politólogos. La respuesta política y jurídica a las poblaciones discriminadas en el caso de los MENA sería paternalista y estigmatizadora al tratarse de un colectivo de personas asistencialista. Las expresiones de vulnerabilidad y grupos vulnerables, de reciente utilización en la teoría crítica de los derechos humanos, vienen a sustituir a las nociones de discriminación y grupos discriminados que se usaron a mediados del siglo XX en EE.UU. para la construcción del derecho antidiscriminatorio como propuesta alternativa al sistema social, jurídico y político de los Estados nación. Sin embargo, creemos, que la noción de vulnerabilidad debe ser sustituida por la de subdiscriminación de Barrère, para quien la resiliencia no puede sustituir a la obtención de derechos y poder. Esta autora, para acabar con la vulnerabilidad sistemática, considera esencial reconocer y transformar las estructuras de poder. Solo así se podría conseguir la igualdad jurídica. En el capítulo tercero profundizaremos sobre el concepto de vulnerabilidad y sus ambigüedades. Barrère Unzueta, 2016: 17-34.

y Protocolo venta de niños, prostitución y utilización en pornografía), vivir en la calle, ser víctimas de violencia de género y ser adolescentes trabajadores irregulares. Esta diversidad de infancias entre los niños privados de su ambiente familiar (art. 20 de la CDN) genera confusión a la hora de decidir el estatus jurídico que les corresponde y sobre cómo ha de funcionar el sistema de protección que existe en los Estados receptores. Existen lagunas normativas en la protección de los MENA y deficiencias relevantes que no fueron cubiertas por la Convención y tampoco por ninguno de sus protocolos, lo que ha obligado al Comité de los derechos del niño a cubrirlas mediante sus observaciones, con el fin de adecuar esta normativa a la realidad.

La Convención, tal y como hemos afirmado, no se ocupa explícitamente en ninguno de sus artículos de los menores no acompañados de su familia que se encuentren fuera de su país de origen. A pesar de ello, la Observación General número 6 del Comité de los derechos del niño, 39º periodo de sesiones del 17 de mayo al 3 de junio de 2005, al fijar sus objetivos generales alude a ellos directamente sin aclarar quiénes son y qué parte del articulado le es de aplicación (Trinidad Núñez, 2010: 239-274). Es significativo este texto cuando afirma:

El objetivo de la presente Observación General es poner de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados y separados de su familia, exponer la multiplicidad de problemas que experimentan los Estados y otros actores para conseguir que esos menores tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de los mismos, así como proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado de los referidos menores a la luz de todo el contexto jurídico que representa la Convención de los derechos del niño (la «Convención»), con particular referencia a los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho de éste a manifestar libremente sus opiniones.

Se reconoce también que

la presente Observación General tiene su causa en la comprobación por parte del Comité de que son cada vez más los menores que se encuentran en las situaciones descritas. Las razones de que un menor esté en situación de no acompañado o separado de su familia son variadas y numerosas y entre ellas figuran la persecución del menor o de sus padres, un conflicto internacional o una guerra civil, la trata en diversos contextos y manifestaciones, sin olvidar la venta por los padres y la búsqueda de mejores oportunidades económicas.

Además, el propio Comité reconoce la existencia de lagunas en lo que concierne a la protección de estos menores, entre las que se citan mayor exposición a la explotación y abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también a beneficio de sus familias de adopción) y a la privación de libertad. También sufren con frecuencia discriminación y no tienen acceso a la alimentación, al cobijo, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación. En cuanto a las menores no acompañadas y separadas de sus familias, están particularmente expuestas a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica. En algunos casos, estos menores no pueden obtener documentos de identidad apropiados, no tienen acceso a registros, su edad no puede determinarse, ni pueden tampoco solicitar documentos, instar la localización de la familia, ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico. En muchos países, se rehúsa sistemáticamente la entrada a los menores no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los servicios de fronteras o de inmigración. En otros casos, son admitidos, pero se les deniega el acceso a los procedimientos de solicitud de asilo o sus solicitudes no se tramitan de forma que se tenga en cuenta su edad y sexo. En algunos países se prohíbe a los menores separados que han sido reconocidos como refugiados solicitar la reunificación familiar; en otros se permite la reunificación, pero se imponen unas condiciones tan restrictivas que resulta prácticamente imposible de conseguir. Son también muchos los menores que disfrutan de un régimen sólo temporal que finaliza al cumplir los 18 años y se encuentran entonces con que existen muy pocos programas eficaces de retorno⁴⁵.

Como podemos comprobar la preocupación internacional respecto a estos menores radica en su nivel de discriminación, en la necesidad de ser integrados y respetados sus derechos, así como en garantizar que se les apliquen los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho de éste a manifestar libremente sus opiniones.

Pensamos que el concepto de niñez privada de su ambiente familiar fue creado inicialmente para aplicarlo a los «niños» nacionales, y que la realidad ha obligado a extenderlo a las niñas y los niños extranjeros, en virtud de la cláusula antidiscriminatoria introducida en el artículo 2.1 de la Convención.

⁴⁵ ONU. Observación General núm. 6 del Comité de los derechos del niño trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 2005.

Recordemos que en la prohibición de discriminar establecida en la Convención se dice que la misma se extiende a «la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole el origen nacional, étnico o social, la posición económica los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales». Aunque en este precepto no se alude de forma explícita a la edad, sí cabe deducirlo y, además, ha de tomarse en consideración la normativa desarrollada por la comunidad internacional respecto a otras formas de discriminación⁴⁶.

Todo lo anterior explica la enorme confusión que tienen los Estados sobre quiénes son los MENA, y las dificultades que tienen a la hora de valorar el grado de discriminación *y/o cómo identificar el tratamiento jurídico específico que se le debe otorgar* a cada uno de ellos cuando tratan de replicar en su normativa nacional la Observación 6ª del Comité de los derechos del niño utilizando un concepto jurídico inapropiado como es el de «menor extranjero no acompañado». Esto provoca una mayor vulnerabilidad y subdiscriminación al menor inmigrante privado de su entorno familiar.

2.3.3. Modelo transversal de persona migrante en las múltiples categorías jurídicas de niñez inmigrante no acompañada

El Comité de los derechos del niño a través de la Observación General número 6 ha intentado clarificar quiénes forman parte del grupo social de menores declarados MENA, atendiendo al articulado de la CDN y a la realidad migratoria actual. De su lectura deducimos que existen cinco tipologías de menores y adolescentes inmigrantes no acompañados: niños solicitantes de asilo, niños refugiados, niños víctima de trata, niños impedidos y niños soldado. Una sexta tipología se incorpora en la Observación General número 21, la de niños en situación de calle. En nuestra opinión, falta por reconocer la

⁴⁶ Prohibición de discriminación que venía siendo desarrollada en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965 y por la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979. La edad es vista por el Comité para la eliminación de la discriminación racial (CERD) como un factor que puede contribuir a las circunstancias de múltiple o doble discriminación contra los niños de un grupo específico (*vid.* Recomendación general núm. 31 del CERD, prólogo; y en la Evaluación del informe de Estado de Mali del 2002, ref. Informe anual del CERD [2002], párrs. 404 y 405).

categoría jurídica de niñez inmigrante económica no acompañada. A continuación, ahondaremos en las categorías conceptuales y jurídicas de niñez inmigrante no acompañada reguladas en las Observaciones Generales números 6 y 21 del Comité de los derechos del niño, y en la problemática hallada alrededor de cada una de ellas.

a) Niñez solicitante de asilo y niñez refugiada

La asimilación procedimental de un modelo patriarcal y adultocentrista de persona migrante por parte del derecho internacional de refugiados ha provocado que numerosas peticiones de protección de mujeres, niñas y niños migrantes y refugiados en los Estados parte sean rechazadas por no ajustarse a los estándares aplicables al hombre adulto. Esto nos lleva a afirmar que nos encontramos ante un modelo anticuado, alejado de la realidad y de la diversidad humana que envuelve al fenómeno migratorio (Edwards, 2010: 50-88). Se corre el riesgo de que los avances realizados queden en papel mojado si los cambios no alcanzan a los aspectos sustantivos de las normativas aplicables y a sus procedimientos. Podemos encontrarnos ante un instrumento jurídico tan amplio a la par que tan específico a la hora de establecer los diferentes estatus jurídicos aplicables a estos menores y adolescentes que los Estados no sepan cómo armonizar las exigencias específicas con el carácter general de sus sistemas de protección de menores.

Las necesidades, intereses y demandas de los MENA son tan diversos y amplios, que se hace difícil, sin llevar a cabo cambios significativos, asumirlas por los Estados. Pero, sin duda, la realidad obligará a realizarlos. En este sentido, baste decir que, en el año 2015, según Acnur 98400 menores no acompañados o separados solicitaron asilo en 78 países. La mayoría de ellos fueron eritreos, sirios y somalíes. De esta cantidad se estima que llegaron a España alrededor de 4000 menores extranjeros no acompañados o separados (ONU. Acnur, 2017). Afrontar este reto sin generar discriminación, sin incrementar la vulnerabilidad de menores y adolescentes y situando el interés del menor como criterio principal de decisión exige un abordaje preciso y específico, atendiendo a la diversidad de situaciones en las que los MENA pueden encontrarse.

Como ejemplo de la dificultad que acompaña a una correcta protección de los MENA, está el caso de niños víctimas de reclutamiento por pandillas. Un caso muy habitual en Centroamérica, y en concreto, en El Salvador. Estos menores y adolescentes fueron reclutados a la fuerza por pandillas o maras,

en cuyo seno cometieron algún tipo de delito de manera forzada para evitar que se atentara contra su propia vida o la de sus familiares. Cuando la violencia se hace insoportable y deciden escapar, emigran, pero son rechazados como refugiados por el Estado de acogida al tener antecedentes policiales o penales. Con el fin de dar salida a estas graves situaciones con respecto a la noción de refugiado, está en elaboración una «Propuesta para una respuesta estratégica regional»⁴⁷ para apoyar a los países que están tratando de establecer una respuesta más sistemática a las crecientes necesidades de protección de determinados sujetos (niños/as, adolescentes no acompañados y refugiados). En la misma línea, Acnur en 2016, ha establecido un conjunto de «Directrices de elegibilidad para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo procedentes de El Salvador» en las que se insta a los Estados a que atiendan a las especiales circunstancias y vulnerabilidades particulares de los niños y niñas en El Salvador, con el objetivo de no considerarlos solo como autores de delitos contra el derecho internacional, cuando son niños vinculados a una pandilla u otro grupo delictivo organizado que hayan cometido delitos, pues es importante determinar si han sido víctimas de reclutamiento forzoso⁴⁸. Una vez más, vemos como la realidad obliga a los Estados y a la comunidad internacional a adoptar medidas a fin de mejorar los sistemas tradicionales de protección y también las categorías jurídicas básicas de las que parten.

En nuestra opinión, se provoca debilidad en el sistema internacional de protección de menores cuando se hacen depender sus contenidos de los Estados y de los sistemas regionales para su integración y adaptación (Alvares García Júnior, 2019: 63-81). Una debilidad que genera grandes perjuicios en los niños, niñas y adolescentes extranjeros refugiados y no acompañados, y

⁴⁷ El 6 y 7 de julio de 2016 se celebró en San José (Costa Rica) una mesa redonda de alto nivel, en la que se presentó este documento de discusión. Esta mesa redonda fue convocada por la OEA y Acnur para apoyar a los países concernidos que están tratando de establecer una respuesta más sistemática a las crecientes necesidades de protección de determinados sujetos (niños/as, adolescentes no acompañados y refugiados). *Vid.* <http://www.acnur.org/el-acnur/eventos/2016/llamado-a-la-accion-necesidades-de-proteccion-en-el-triangulo-norte-de-centroamerica/> [consultado el 20-01-2121]. El precedente de dicha mesa redonda sería el pronunciamiento de la CIDH en su OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

⁴⁸ ONU. Acnur, Directrices de elegibilidad para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo procedentes de El Salvador, 2016: 49.

especialmente en el caso de las niñas extranjeras refugiadas y no acompañadas. Estas menores son doblemente golpeadas por un sistema de reconocimiento y protección en el Estado de acogida que las discrimina por su condición de menor, por no ir acompañadas y por su sexo. No olvidemos que el sexo es un claro factor de discriminación social. La probabilidad de que una niña inmigrante no acompañada sufra vulneraciones en sus derechos humanos es mayor a la de un niño inmigrante no acompañado. Este plus de discriminación por razón de sexo ha sido contemplado por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y por el Comité de los derechos del niño. El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer ha destacado que las niñas se encuentran en peores condiciones a la hora de acceder a sus derechos, al ser discriminadas como menores, niñas y extranjeras. Sirva como ejemplo citar las dificultades que encuentran para acceder al sistema educativo, los embarazos precoces, los castigos corporales y los abusos, la trata y explotación sexual de niñas, el trabajo infantil, el difícil acceso a la salud y la feminización del SIDA, los matrimonios infantiles, la mutilación genital, la poligamia, los delitos cometidos contra ellas por motivos de honor, etc.⁴⁹. A todas estas violencias y violaciones a sus derechos se suma, en el caso de la niña refugiada y no acompañada, la violencia de género y la violencia doméstica a las que son sometidas tanto en el Estado de origen como en el Estado receptor (Observación General 6ª del Comité de los derechos del niño)⁵⁰.

b) Niñez víctima de trata

Con respecto a la tipología de MENA y víctima de trata de la Observación General número 6, esta hace referencia principalmente a niñas y adolescentes en su versión de explotación sexual. Por regla general, los niños y adolescentes suelen ser víctimas de trata en su versión de explotación laboral. Lo característico de esta tipología de MENA es la discriminación por razón de sexo y edad que sufren las niñas inmigrantes privadas de su entorno familiar (art. 20 CDN). A lo anterior se puede sumar, además, el hecho de ser vícti-

⁴⁹ ONU. Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los derechos del niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, 2014: 8-11.

⁵⁰ ONU. Comunicado sobre los derechos de las mujeres y niñas migrantes y refugiadas. Cumbre de Naciones Unidas sobre personas migrantes y refugiadas, 2016: 1.

mas de explotación sexual (art. 34 CDN), de secuestro, venta y trata (art. 35 CDN), u otras formas de explotación (art. 36 CDN)⁵¹. Aquí advertimos que los anteriores artículos de la CDN tendrían que ser interpretados y completados conforme a lo dispuesto en el Protocolo facultativo a la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 25 de mayo del 2000⁵², con el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000⁵³, y con el derecho Internacional de los refugiados.

La importancia del Protocolo de 25 de mayo de 2000 radica en garantizar el derecho del niño a la protección contra la explotación económica y la realización de trabajos que puedan ser peligrosos, entorpecer su educación o afectar su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (Salado Osuna, 2004: 245-254). Este texto recoge las prácticas de tres ámbitos normativos consolidados en la esfera internacional como son el de la explotación sexual, la esclavitud y el trabajo forzoso de niños y niñas (Escribano Úbeda-Portugués, 2010: 129-138). Y la relevancia del Protocolo de 15 de noviembre de 2000 radica en la distinción que realiza entre menor víctima de trata y menor traficado. No obstante, cabe señalar que ni en un protocolo ni en el otro se hace

⁵¹ *Vid.* párrs. 50-53 de la Observación General núm. 6 (2005) del Comité de los derechos del niño.

⁵² Protocolo ratificado por España el 18 de diciembre de 2001. Instrumento de ratificación del Protocolo de 16 de enero de 2002, BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002. Y por El Salvador, con una reserva, el 17 de mayo de 2004. DL núm. 280, de 25 de noviembre de 2004, DO núm. 57, tomo 362, de 23/03/2004. Esta norma se complementa con otros instrumentos jurídicos internacionales: el Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993 (ratificado por España y El Salvador); el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (ratificado por España y El Salvador); el Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (ratificado solo por España); el Convenio núm. 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación de 17 de junio de 1999 (ratificado por España y El Salvador); el Programa de acción para la prevención de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; la Declaración y el Programa de acción aprobado por el congreso mundial contra la explotación sexual comercial de los niños, celebrado en Estocolmo del 27 al 31 de agosto de 1996, y las demás decisiones y recomendaciones pertinentes de los órganos internacionales competentes.

⁵³ Ratificado por España. BOE, núm. 295, de 10/12/2003. Y por El Salvador. DO núm. 240, tomo 361, 23/12/2003.

referencia a las medidas de protección específicas y las garantías procesales que se les han de otorgar, tanto a los y las menores víctimas de trata como a las y los traficados, por su condición de menor (Lelliot, 2017: 238-269).

Nosotros consideramos que la existencia de la tipología del MENA víctima de trata es consecuencia de la ausencia de crítica y desarrollo tanto de la CDN como del Protocolo. No se han estudiado los factores estructurales que incentivan la emigración de la niñez sola y pobre, y que favorecen la trata en el Estado receptor, esto es, la pobreza y el subdesarrollo. También, cabe señalar que estos menores no son contemplados como sujetos con derechos económicos y sociales en la legislación del Estado receptor. La suma e interacción de todos estos factores produce una situación de subordiscriminación y violencia específica que no cabe asimilar a otras, lo que obliga a una intervención específica que reconozca su particularidad. Por consiguiente, no cabe diseñar un plan de protección igual para todos.

Hoy en día, la emigración de las y los adolescentes de manera clandestina a un Estado que les niega la ciudadanía económica, entendiendo por ésta el derecho al trabajo, los convierte en nuda vida y les condena a ser explotados de una u otra forma en el país receptor, sin poseer al menos la calificación de víctima de trata de personas por la dificultad en su identificación y cuantificación (Badía Martí, 2010: 115-128). En estos supuestos prevalece la condición de niñez inmigrante irregular en el ordenamiento jurídico de los Estados parte de la CDN, y no se les aplica el sistema internacional de protección del menor, con el fin de frenar la trata internacional de menores a la que están siendo sometidos la mayoría.

Prueba de la anterior afirmación es el último informe de fecha de 5 de agosto de 2016 de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, en el que denuncia:

El viaje de las mujeres migrantes y los niños no acompañados es particularmente peligroso. Miles de ellos han desaparecido; es probable que hayan sido secuestrados con fines de explotación relacionada con la trata. Es probable que, luego de huir de los conflictos, los niños se vean obligados a trabajar para sostenerse o sostener a sus familias. A menudo, los niños no acompañados no tienen más opción que trabajar para satisfacer sus necesidades básicas. Por ejemplo, los niños iraquíes y sirios refugiados en el Líbano trabajan en las fábricas textiles, la construcción, la industria gastronómica, la agricultura o como vendedores ambulantes, en condiciones que constituyen trabajo forzoso. Además, parece que hay sistemas organizados

dentro de los campos de refugiados a través de los cuales se hacen estos arreglos laborales. En el Iraq y el Líbano, los niños sirios refugiados son víctimas de la trata con fines de explotación, en particular la mendicidad y la venta de artículos en la calle 14. En mayo de 2015, se informó de que había por lo menos 1500 niños, el 75 % de los cuales eran sirios, mendigando o trabajando como vendedores ambulantes en Beirut y sus alrededores, que pasaban en la calle un número excesivo de horas a fin de obtener ingresos para sus familias. Las peores formas de trabajo infantil, que a menudo enmascaran otras formas de explotación, como la trata con fines de trabajo forzoso y explotación sexual, tienen consecuencias negativas para la salud y la educación de los niños. Los niños no acompañados procedentes del Afganistán y el Sudán que se encuentran en los campamentos de refugiados de Calais y Dunkerque en Francia son víctimas de la trata con fines de explotación sexual, y de traficantes que los obligan a cometer delitos, entre ellos el robo o la venta de drogas, bajo la promesa de hacerlos ingresar al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Los conflictos y las situaciones posteriores a conflictos hacen que las personas que huyen de ellos se vuelvan más vulnerables a la trata con fines de extracción de órganos, y otorgan impunidad a los explotadores. (ONU, 2016: párrs. 22-24)

Estos hechos denunciados nos están demostrando como los menores extranjeros no acompañados, aun cumpliendo con los requisitos para ser considerados refugiados, son los más vulnerables incluso dentro de la jurisdicción de los Estados.

c) Niñez impedida

Con respecto a la niñez inmigrante no acompañada e impedida de los párrafos 46-49 de la Observación General número 6, debemos señalar que la correcta regulación de este supuesto obliga a interpretar de forma conjunta los artículos 20, 23, 24 y 39 de la CDN⁵⁴. Aquí cabe señalar que estos menores proceden de países con bajo nivel de desarrollo. Carlos Fernández Liesa afirma que

el 80 % de las personas con discapacidad son pobres y viven en zonas rurales aisladas de países en desarrollo. Son personas que viven en un contexto de explotación demográfica y, por regla general pertenecen

⁵⁴ Por niñez inmigrante no acompañada e impedida nos referimos a los menores extranjeros no acompañados y discapacitados de manera temporal o permanente. Un concepto el de discapacitado que ha tenido un largo recorrido histórico, político y jurídico. No lo abordaremos aquí por no ser objeto de nuestra investigación. *Vid.* Polonio de Dios, 2016.

a otros grupos vulnerables como son las mujeres, los niños, las víctimas de torturas, refugiados, trabajadores empleados en el extranjero, etc.». (Fernández Liesa, 2007: 59-81)

Cuando hablamos de niñez inmigrante no acompañada e impedida, nos estamos imaginados dos supuestos. El primer supuesto se corresponde con los menores extranjeros no acompañados que cumplan con los requisitos para ser considerados refugiados o víctimas de trata. Unos menores que sufren de un impedimento o discapacidad temporal generada por el trauma vivido. Por ese motivo, la Observación General número 6 hace referencia a los niños privados de su entorno familiar, niños impedidos, derecho a la salud y servicios médicos, y recuperación y reintegración social de los niños y niñas. En concreto, los dos últimos preceptos (arts. 24 y 39), los consideramos clave para lograr restaurar los daños padecidos y para proporcionarles a los menores extranjeros no acompañados y solicitantes de asilo o refugiados el nivel de resiliencia que necesitan (Casas Baamonde 2014: 985-1010). Y el segundo supuesto serían los menores extranjeros no acompañados e impedidos o discapacitados que no cumplan con los requisitos para ser considerados solicitantes de asilo, refugiados o víctimas de trata. Nosotros entendemos que, a estos segundos menores, se les debería otorgar algún tipo de residencia por razones humanitarias. A pesar de ello, la práctica administrativa española habitual ha sido el internamiento de estos menores extranjeros discapacitados o impedidos en Centros de Internamiento de Extranjeros y su posterior repatriación⁵⁵. En ambos supuestos, se les debería aplicar el procedimiento específico establecido por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006⁵⁶. Un instrumento internacional que ha sido capaz de incorporar el enfoque de género dedicándole un artículo específico a las mujeres con discapacidad (art. 6), y recogiendo de manera trasversal en el preámbulo y en otros artículos (Calvante Carvalho, 2017: 68-80).

⁵⁵ «Los Jesuitas denuncian que hay menores y discapacitados en el CIE de Barcelona», *Vida Nueva*, núm. 3082, 2018, p. 18.

⁵⁶ España ratificó esta Convención el 3 de diciembre de 2007, y El Salvador la ratificó el 14 de diciembre de 2007. Información disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en [consultado a 4 de abril de 2018].

d) Niñez reclutada

Por niñez reclutada nos referimos a las y los «niños soldados» en su noción ampliada a menores reclutados por grupos militares o paramilitares al control, o no, del Estado⁵⁷. Una categoría jurídica de niñez inmigrante no acompañada en la que habrá que interpretarse los arts. 20 y 38 de la CDN en interacción con lo establecido en el Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000⁵⁸. Un Protocolo que modifica el sistema internacional de protección de los menores desde el enfoque establecido en el derecho internacional humanitario como es, por ejemplo, la no participación y no reclutamiento por grupos militares o paramilitares de niños y niñas menores de 18 años⁵⁹.

Carolina Jiménez Sánchez destaca como en los propios campos de refugiados las y los menores no acompañados son reclutados por grupos armados mediante violentos secuestros. La vulnerabilidad de las y los menores en un conflicto armado es alta por su condición de menor y por no estar acompañado por un adulto responsable. Las familias suelen huir de sus hogares para buscar un lugar seguro y usualmente son separados de las y los menores. Y es ahí cuando estos menores se convierten en presa fácil. Esta categoría jurídica es imprescindible que la mencionemos por el alto nivel de violencia que existe en los países centroamericanos, y en especial en El Salvador donde el reclutamiento de los menores por grupos armados o paramilitares se lleva produciendo desde los años 80. Al igual que ocurre con la noción de refugiado, la categoría conceptual y jurídica de niño soldado también ignora la condición de mujer. Las niñas soldado padecen todo tipo de conductas derivadas de la violencia basada en el género como puede ser el reclutamiento de las menores con propósitos sexuales o el matrimonio infantil (Jiménez

⁵⁷ Observación General núm. 6, párrs. 54–60.

⁵⁸ Este protocolo fue ratificado por España el 12 de febrero del 2002, y por El Salvador el 18 de abril de 2002, con reservas hechas por ambos países. Información disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&clang=_en.

⁵⁹ La relevancia de este protocolo está en las peculiaridades socio-jurídicas salvadoreñas. El Salvador permite hoy en día el reclutamiento de menores a partir de los 16 años para servir en las fuerzas armadas. Además, desde pandillas, grupos paramilitares, se están reclutando a menores a la fuerza (ONU. Examen de los informes presentados por los Estados parte con arreglo al art. 8 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, Informe inicial que los Estados Parte debían presentar en 2004, El Salvador).

Sánchez, 2014). Lo mismo que ocurre con las niñas y los niños soldados sucede con las y los menores reclutados por las maras o pandillas (Cear, 2013). En estos menores concurre un tipo de violencia sistemática producida por el Estado, y que pasa desapercibida: la socioeconómica. Las pandillas viven y se crean en los márgenes sociales, en las zonas pobres, donde la mayoría de los menores están abandonados por sus progenitores, quienes emigraron hacia EE. UU., y donde sus habitantes se encuentran excluidos socialmente y abandonados por el Estado. La mayor parte de las y los menores que son reclutados por las pandillas suelen ser pobres y con familias desestructuradas, o suelen estar a cargo de otro adulto que no forma parte de su núcleo familiar. El hecho de vivir en ciertas zonas hace más fácil que entren en contacto con pandillas desde edades tempranas (noveno grado). El reclutamiento por las maras o pandillas suele hacerse en los propios colegios públicos. Las menores reclutadas por las maras tienen un plus de vulnerabilidad, pues son cosificadas dentro de las pandillas ocupando un papel subordinado dentro y fuera de las pandillas. Se invisibiliza que son víctimas de violencia de género por el hecho de ser mujeres.

En ocasiones, los menores que viven en zonas de exclusión y están en edad de ser reclutados por las maras o pandillas emigran y huyen de su Estado de origen convirtiéndose en menores migrantes no acompañados. En este sentido, Cañas Herrera señala que «El Salvador desde hace unos años está expulsando a su población más joven. Ser menor y pobre en este país significa estar entre la vida y la muerte» (Cañas Herrera, 2016). Todo lo expuesto nos lleva a defender que el marco jurídico internacional es el que coadyuvaría a que las y los menores centroamericanos que huyan de las pandillas de sus países puedan ser considerados refugiados en un tercer Estado, ya sea por reconocerlos como niños soldado, o por la persecución implícita que padecen por ser mujer o por pertenecer al colectivo de los menores pobres.

e) Niñez en situación de calle

La categoría jurídica de la niñez en situación de calle surge de la Observación General número 21 del Comité de los derechos del niño. Estos son aquellos menores y adolescentes, nacionales y extranjeros, que no han sido detectados por las autoridades administrativas, policiales y judiciales del Estado de acogida, niñas y niños que viven en la calle por haber escapado de sus familias, o trabajan y pasan la mayor parte de su tiempo en las calles, valiéndose por sí mismos, o niñas y niños de familias de la calle que viven

con ellas. También niñas y niños que escapan de los centros de menores en busca de trabajo (Maggie, 1993: 7-23). Todos estos menores y adolescentes pertenecen al colectivo de niños pobres (colectivo que engloba a niñas y niños extranjeros excluidos por el sistema social, político y económico de su Estado de origen, y del Estado receptor). Unos menores de edad que se ven obligados a tomar los espacios públicos como único espacio de subsistencia ante las desigualdades estructurales que soportan, por razón de raza, sexo, por su situación específica de desestructuración familiar, o condición económica. La suma de estos factores hace muy difícil que estos menores puedan salir de la situación de necesidad y pobreza en la que se encuentran. Una vulnerabilidad que se ve agravada cuando se trata de menores extranjeros, en cuanto que estos no son contemplados por la normativa estatal como menores inmigrantes económicos. Por consiguiente, si la Administración del Estado de acogida no les documenta y permite trabajar, los está reduciendo a niños y niñas de la calle. Aquí cabe advertir que la vulnerabilidad se incrementa cuando se trata de niñas. La inclusión de las niñas en la definición de los niños de la calle no se culminó hasta 1992. Las niñas de la calle sufren un plus de violencia al ser invisibilizado el trabajo que realizan en la economía sumergida. Ellas suelen dedicarse a tareas domésticas y trabajos nocturnos (bares, hoteles, prostíbulos), y ellos realizan trabajos más visibles como lavar coches, limpiar zapatos y mendigar. Una vez más los factores culturales imponen una socialización diferente para niños y niñas en función de su género (Cepero Espinosa, 2005: 73-98).

Las violencias y discriminaciones que padecen las y los menores y adolescentes pobres se ven agravadas en el caso de la niñez migrante no acompañada. Una niñez migrante que sufre una desestabilización repentina provocada por el hecho de desplazarse forzosamente sin la compañía de un familiar o tutor legal, y por la situación que vive en su Estado de origen relacionada, por ejemplo, con un conflicto, hambruna, epidemia, desastre natural, desalojo forzoso, violencia, maltrato, explotación y descuido en el hogar o en instituciones de atención o educativas (incluidas las religiosas). También por el desempleo o muerte de los cuidadores, la precariedad o descomposición de las familias, la renuncia al niño entre otras razones por causa del VIH/SIDA, el uso indebido de sustancias adictivas y problemas de salud mental de los niños o de sus familiares, la intolerancia y discriminación contra, entre otros, los niños con discapacidad, los niños acusados de brujería, los ex niños soldados o pandilleros rechazados por las familias, y los niños expulsados de

sus familias por cuestionar su sexualidad o por haberse identificado como lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales, asexuales y la incapacidad de las familias para aceptar la resistencia de los niños a prácticas nocivas, como el matrimonio infantil y la mutilación femenina. Todos esos acontecimientos son los que motivan la migración forzada de las y los menores y los que exigen un trato diferenciado basado en su mayor vulnerabilidad y especiales necesidades a cubrir⁶⁰. A través de la interpretación conjunta del articulado de la CDN y sus protocolos puede el sistema internacional de protección de los derechos humanos de la niñez y adolescencia obligar a los Estados parte a adaptar su sistema estatal de protección de menores a la cambiante realidad migratoria internacional.

2.3.4. Responsabilidad internacional de los Estados para con la niñez inmigrante no acompañada

Los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños y las niñas en el contexto de la migración internacional y las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños y las niñas en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, son definidas en las Observaciones Generales número 22 y número 23 del Comité de los derechos del niño. Con base en el principio de no discriminación los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos de la Convención a todas las infancias ocultas tras la nomenclatura de niñez migrante, independientemente de que se les considere migrantes en situación regular o irregular, niños de la calle, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas y/o víctimas de trata, incluso en situaciones de retorno o deportación al país de origen, independientemente de la nacionalidad del niño o de los padres o tutores legales, la condición migratoria o la apatridia⁶¹. En otras palabras, la

⁶⁰ ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 21, sobre niños de la calle, 2017, párr. 8.

⁶¹ ONU. Committee on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families. Committee on the Rights of the Child, Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, 2017, p. 3.

condición de niñez prima sobre el resto de las condiciones, factores o situaciones atribuidas a estos menores y adolescentes.

El marco jurídico internacional de protección del «niño» es de obligado cumplimiento por los Estados. Por ese motivo, los Estados están obligados a fortalecer políticas y programas dirigidos a atender la situación de los niños en el contexto de la migración tomando como clave de referencia el discurso de los derechos humanos, y basándose en los principios generales establecidos en la Convención, entre los que cabe destacar el de interés superior del niño, no discriminación, el derecho a la participación, la supervivencia y su desarrollo personal y social, etc.⁶². Los Estados están obligados a adoptar todas aquellas medidas de carácter administrativo, legal o de otra índole que sean necesarias para garantizar la efectividad y aplicabilidad de los derechos reconocidos a todos los niños (art. 4 CDN), y en particular a los MENA, así como a dar a conocer los principios y disposiciones de la Convención (art. 42 CDN), y a emitir informes y darles publicidad (art. 44.6 CDN)⁶³. La responsabilidad de los Estados para con la niñez migrante se extiende al ámbito de sus jurisdicciones, incluida la jurisdicción que surge de un Estado que ejerce un control efectivo fuera de sus fronteras, y también con respecto a aquellos niños que caen bajo su jurisdicción cuando intentan ingresar a su territorio. Esas obligaciones no pueden reducirse arbitraria y unilateralmente excluyendo zonas del territorio de un Estado, o definiendo zonas particulares que no están solo o parcialmente bajo la jurisdicción del Estado, incluso en aguas internacionales u otras zonas de tránsito donde los Estados ponen en funcionamiento mecanismos de control de la migración. La primacía de los derechos del niño en el contexto de migración internacional debe ser aplicada por los Estados e incorporar el marco jurídico internacional de la niñez migrante a sus políticas, a sus prácticas y a todas las medidas adoptadas por estos⁶⁴.

⁶² ONU. Consejo de derechos humanos, resolución 12/6, A/HRC/RES/12/6, 2009.

⁶³ ONU. Comité de los derechos del niño, Observación General núm. 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la convención sobre los derechos del niño (arts. 4 y 42, y art. 44.6), 2003.

⁶⁴ ONU. Committee on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families, committee on the rights of the child, Joint General Comment no. 3 of the Committee on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families and no. 22 of the Committee on the rights of the child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, 2017: 3-4.

En todo caso, cualquier medida que se tome con respecto a este tipo de menor migrante no acompañado, tendrá siempre presente la necesidad de continuar con la educación del niño, así como proteger su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico⁶⁵.

Los Estados también están obligados a incorporar un enfoque basado en los derechos del niño en las estrategias o iniciativas a favor de los niños de la calle evitando que sean víctimas de vulneraciones de sus derechos y de una falta de opciones que los haga depender de la calle como medio para su supervivencia y desarrollo. Deberán promover y proteger sus derechos, garantizando una atención sin interrupciones y ayudándoles a desarrollar su pleno potencial. Los Estados deben reconocer a los menores y adolescentes como titulares de derechos y ciudadanos de pleno derecho con independencia de su origen social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición⁶⁶. Asimismo, están obligados a proporcionar un tratamiento jurídico diferenciado a aquellos niños que estén en la situación de solos o no acompañados, y en los que concurra la condición de vulnerabilidad de ser niño refugiado, ser solicitante de asilo o ser víctima de trata. Para ello, los Estados proporcionarán el acceso al procedimiento jurídico correspondiente y les otorgarán las garantías jurídicas y los derechos que correspondan a cada uno de los diferentes estatus jurídicos⁶⁷.

Todo lo expuesto nos lleva a preguntarnos cómo lograr la mejor aplicación del sistema internacional de protección de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, y la máxima eficacia y eficiencia. Para dar respuesta a esa pregunta debemos analizar previamente el tercer protocolo facultativo de la CDN sobre el procedimiento de comunicaciones. Un instrumento que cambia la percepción sobre la efectividad del Comité de los derechos del niño y el sistema de presentación de informes de los Estados a éste. Con el fin de mejorar la eficacia de la CDN y de los dos protocolos de desarrollo de su articulado (Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados, y Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución

⁶⁵ ONU. Comité de los derechos del niño, Observación General núm. 6. trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 2005: 7-8.

⁶⁶ ONU. Comité de los derechos del niño, Observación General núm. 21 sobre niños de la calle, 2017: 5.

⁶⁷ ONU. Comité de los derechos del niño, Observación General núm. 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 2005: 18-20.

infantil y la utilización de niños en la pornografía), se crea un nuevo sistema de presentación de quejas individuales, en un tercer protocolo. Este sistema ha mejorado bastante el nivel de obligatoriedad de los Estados y ha permitido conocer con más exactitud las violaciones que se realizan a derechos reconocidos en la CDN.

Hasta el momento, el Comité solo servía para examinar los progresos realizados por los Estados parte en el cumplimiento y aplicación de las obligaciones contraídas (art. 43), a través del análisis de los informes presentados por los propios Estados. La mejora que impone este tercer protocolo respecto a la inspección realizada por parte de la comunidad internacional ha sido fortalecer los mecanismos estatales de protección, así como el acceso de las víctimas a los recursos y asistencia existentes, pero no es un sistema perfecto (Riquelme Cortado, 2014: 11-48). Las nuevas medidas, aunque importantes, no han logrado mejorar a corto plazo la situación que padecen en el Estado receptor la niñez migrante no acompañada. Prueba de ello es que se han dado respuesta a solo dos de las quejas individuales planteadas frente a España. Estamos hablando del Dictamen aprobado por el Comité de los derechos del niño de 27 de septiembre de 2018⁶⁸, y el Dictamen de 12 de febrero de 2019⁶⁹. La lentitud en el estudio y resolución de las denuncias individuales presentadas ante el Comité nos empuja a proponer la complementariedad de los distintos sistemas de protección aplicables a las múltiples tipologías de niñez por parte de los Estados.

Con anterioridad habíamos afirmado que los Estados no cuentan aún con mecanismos apropiados para satisfacer las necesidades y proteger de forma adecuada la diversidad de situaciones que encierran los MENA, de ahí que sea pertinente, en tanto se desarrollan medidas propias, aplicar lo que establece el derecho internacional para cada una de las situaciones, en la línea que hemos expuesto. No obstante, aunque hemos podido comprobar que el derecho internacional es el único que está adaptándose y reinterpretándose constantemente para atender a los requerimientos y necesidades sociales in-

⁶⁸ ONU. Comité de los derechos del niño, Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 11/2017, 27 de septiembre de 2018.

⁶⁹ ONU. Comité de los derechos del niño, Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación núm. 4/2016, de 12 de febrero de 2019.

ternacionales, entre las que están la niñez migrante, con cada vez más especificidades y diferencias, todavía existen tres dificultades o límites como son la falta de un Tribunal como mecanismo para vigilar, interpretar y hacer cumplir lo establecido en la normativa internacional ratificada por los Estados parte, recurso que sí tienen los sistemas de protección de derechos humanos europeo e interamericano (Pastor Ridruejo, 2007: 5-7); la existencia una normativa estatal contradictoria al derecho internacional, y la desarmonización entre los Estados parte de las diferentes Organizaciones Internacionales (Díez de Velasco Vallejo, 2010: 473-476).

3. LOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y JURÍDICOS ESENCIALES DE LA NIÑEZ INMIGRANTE PRIVADA DE SU ENTORNO FAMILIAR EN EUROPA Y LATINOAMÉRICA

El marco jurídico internacional no es el único que obliga al Estado español y salvadoreño a modificar y reinterpretar su normativa interna sobre niñez, adolescencia, y extranjería, también lo hace el marco jurídico regional correspondiente, y que está compuesto por el sistema del Consejo de Europa (CdE); el sistema de la Unión Europea (UE)⁷⁰ y el sistema interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁷¹.

Comenzamos advirtiendo que

los menores que migran solos son nuevos actores migratorios que plantean retos a los sistemas de protección de la infancia estatales y a los sistemas de protección de derechos humanos regionales. Estos retos conllevan la necesidad de dismantelar la lógica regional y estatal de seguridad que impera en la construcción sociopolítica e ideológica del menor migrante. También la necesaria reconstrucción de las responsabilidades estatales

⁷⁰ El sistema regional de la UE se singulariza por encontrarse influenciado por las políticas de control de flujos migratorios y de control de fronteras. Esto se traduce en una normativa europea en la que prima la condición de la irregularidad de los menores inmigrantes no acompañados sobre la condición de niñez. Consideramos que este sistema es el que frena la adaptación del discurso de los derechos humanos de la niñez y adolescencia no acompañada nacional al internacional. Trinidad Núñez, 2012: 84; Ramírez Fernández y Jiménez Álvarez, 2005: 16-21.

⁷¹ Los dos sistemas regionales del CdE y de la UE rigen en el caso de España, y el sistema interamericano de la OEA lo hace en el caso de El Salvador.

sobre esta tipología de infancia y adolescencia migrante aplicando una lógica más cercana a los derechos humanos que incentive la extensión de la protección y amparo a los menores migrantes no acompañados. (Barrera Dávila, 2014: 20-21)

Con esta finalidad se hace imprescindible que en este apartado visibilicemos el recorrido histórico experimentado en el cambiante discurso de los derechos humanos del niño, niña y adolescente, con especial referencia al inmigrante privado de su entorno familiar, en las principales normas de los tres sistemas regionales antes mencionados.

Los motivos que nos empujan a examinar estos tres sistemas de forma conjunta, y no separada, son varios. El primero está relacionado con la pasada influencia europea en el discurso de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en los países latinoamericanos⁷². El segundo con la perceptible similitud de los derechos recogidos en la Convención Americana sobre derechos humanos de 22 de noviembre de 1969 (CADH) y el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH)⁷³. Y el tercero con el hecho de compartir el sistema del CdE y el sistema de la OEA la adaptación progresiva, vía normativa y/o jurisprudencial, a la doctrina internacionalista de los derechos humanos de la niñez y adolescencia (Casadevall, 2012: 33-35).

3.1. Falta de armonización conceptual en materia de niñez y adolescencia: con especial referencia al inmigrante privado de su ambiente familiar y al inmigrante económico

En este apartado desvelaremos cuáles son los principales inconvenientes conceptuales, sociales y jurídicos que hemos encontrado al rastrear cualquier mención a los menores, a los menores privados de su ambiente familiar, y a sus

⁷² El modelo tutelar o doctrina de la situación irregular que existió en las leyes de menores de los Estados latinoamericanos en el período que va desde 1919 a 1990 era una copia exacta del sistema europeo y norteamericano. Monterrosa Aguilar, Orellana Peña y Riversa Rodríguez, 2012: 24-29.

⁷³ Florabel Quispe Remón destaca que la CEDH sirvió de inspiración a la CADH, aunque existen diversas diferencias achacables a la diferente época en la que fueron creados estos dos instrumentos jurídicos. Quispe Remón, 2009: 158.

derechos (con especial atención a su derecho al trabajo) en los instrumentos que forman parte de los tres sistemas regionales objeto de nuestro análisis (CdE, UE y OEA).

3.1.1. Cultura jurídica subyacente y variación terminológica

La cultura jurídica de la infancia y adolescencia impresa en toda la normativa europea y en la latinoamericana de los siglos XIX y XX está impregnada de profundas desigualdades derivadas del hecho de serles negados derechos fundamentales a todos los menores, con independencia de su nacionalidad o condición administrativa, como consecuencia de no serles reconocidos capacidad sociopolítica y jurídica. Esta situación, como veremos más adelante, afecta en mayor medida a los menores desamparados y a los menores pobres, entre los que están todos los MENA (Suárez Navas y Jiménez Álvarez, 2011: 13). A su vez, genera una fuerte dicotomía en el mundo de la infancia entre los que lo tienen todo, el amparo y protección de sus familias, de la sociedad y del Estado en el que desenvuelven sus vidas, y los que carecen de todo.

El discurso de los derechos humanos de la infancia y adolescencia que se ha ido construyendo en los tres sistemas regionales de protección de derechos humanos está marcado por el adultocentrismo, patriarcado y nacionalismo. Desde aquí ya prevenimos, por una parte, que estos tres sistemas recluyen al ámbito estatal la protección y responsabilidad sobre la infancia al haber recogido en sus instrumentos el mismo anudamiento entre familia, sociedad y Estado que existe en la normativa estatal. Y, por otra parte, que la importancia de estos sistemas radica en el hecho de ser un marco mínimo de regulación y control de derechos humanos de la infancia y adolescencia que los Estados parte han de respetar, mientras estos menores migrantes se encuentren en su territorio. Los inconvenientes principales de los tres sistemas regionales arriba mencionados (CdE, UE, y OEA) están, por un lado, en la falta de definición exacta y única del niño, adolescente, menor inmigrante privado de su ambiente familiar o de cuidados parentales y adolescente inmigrante económico. Y, por otro lado, en la inexistencia de un marco conceptual estable que sirva de guía a la hora de regular los derechos humanos de la niñez y adolescencia inmigrante privada de su ambiente familiar y de la adolescencia inmigrante económica.

Para comprender cómo se ha creado en Europa y Latinoamérica la clasificación de los menores que deben ser protegidos y los que no, contemplaremos el desarrollo conceptual y la construcción del discurso de los derechos humanos de la niñez y adolescencia desde su origen. Para ello, seguiremos una lógica cronológica en su exposición. El primer sistema de protección de derechos humanos regional que nace es el sistema interamericano de la OEA y la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 2 de mayo de 1948⁷⁴. Un instrumento en cuyo artículo 7⁷⁵ ya se hace referencia expresa al «niño», y a su derecho a la protección de la infancia vinculado a la maternidad como ocurría en la Declaración Universal de derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948. La importancia de esta norma radica en recoger por primera vez un derecho al amparo para los hijos menores de edad y los correlativos deberes de los padres para con sus hijos e hijas menores de edad en su artículo 30⁷⁶. Derecho al amparo y deberes parentales con respecto a sus hijos que se plasmarán en las normas reguladoras del derecho de familia de cada Estado, esto es, códigos civiles y códigos de familia. Al mismo tiempo, en este instrumento latinoamericano se define el derecho al asilo con carácter universal para toda persona extranjera en su artículo 27⁷⁷. Un derecho que, posteriormente, será el eje principal sobre el que gire la protección de los menores migrantes solos o no acompañados solicitantes de asilo o refugiados en los Estados latinoamericanos.

A partir de aquí empieza a construirse de nuevo una cultura de la compasión respecto a ciertos niños (los nuestros, los nacionales, y parte de los extranjeros que merecen protección, como son, por ejemplo, los refugiados

⁷⁴ No es un instrumento vinculante, pero la CIDH lo utiliza en sus pronunciamientos. La importancia histórica de esta Declaración está en que fue promulgada 8 meses antes que la Declaración Universal de derechos humanos. Guerrero Verano, 2015: 36.

⁷⁵ Art. 7 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre dispone que «[t]oda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales».

⁷⁶ Art. 30 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre dispone que «toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten».

⁷⁷ Art. 27 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre dispone que «[t]oda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales».

o las víctimas de trata) y una cultura de la represión para otros (los extraños, los inmigrantes, los que no merecen la protección de otro Estado). En ambas se ignoran los daños que sufren los menores que viven en las áreas más pobres del planeta como consecuencia de la implementación de políticas económicas neoliberales salvajes, que fuerzan a emigrar, con o sin compañía de un adulto (Suárez Navas y Jiménez Álvarez, 2011: 11-33). Además, hay que destacar que el sistema interamericano está recluyendo al menor en su entorno familiar, y convirtiéndolo en un sujeto dependiente de otro por razón de la edad, lo que provoca, en el menor migrante, una situación de desamparo o abandono en su país de origen, y que tenga vedado el acceso al amparo y protección en otro Estado del que no es nacional. Cabe señalar que durante esta etapa histórica la protección social y estatal subsidiaria aún no se había contemplado para los menores de edad desamparados, y los menores aun no eran sujetos con derechos.

El siguiente sistema de protección de derechos humanos regional que se crea es el del CdE, y el primer instrumento aprobado dentro de este sistema es la Convención europea de derechos humanos de 4 de noviembre de 1950⁷⁸. En la CEDH cabe destacar que la única alusión al menor la encontramos en el artículo 5.1, letra d, relativo a la privación de la libertad del menor, y en el artículo 6.1 cuando se hace referencia al derecho a un proceso equitativo del menor, sin que sea definido este⁷⁹. El hecho de que solo aluda al «menor»

⁷⁸ El CEDH desde su aprobación en el año 1950 ha sido modificado y completado, en el período que va desde 1952 a 2013, por un protocolo adicional y 16 protocolos. De todos ellos, los más significativos en la materia que nos ocupa son: 1) el Protocolo núm. 4 de fecha de 16 de septiembre del año 1963, puesto que regula la libertad de circulación y prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros; 2) el Protocolo núm. 7 de fecha de 22 de noviembre de 1984, en cuanto que establece las garantías del procedimiento en el caso de expulsión de extranjeros; 3) el Protocolo núm. 12 de fecha de 4 de noviembre del año 2000, en cuanto que incorporó la prohibición general de discriminación en la aplicación de cualquier derecho reconocido legalmente; y 4) el Protocolo núm. 16 del 2 de octubre de 2013 que permite la presentación de consultas al TEDH por parte de los altos tribunales nacionales, así como regular el procedimiento que se ha de seguir para que el TEDH emita un dictamen consultivo. Consejo de Europa, Convenio Europeo de derechos humanos. Modificado por los Protocolos núms. 11 y 14. Completado por el Protocolo adicional y los Protocolos núms. 4, 6, 7, 12, 13 y 16. Código disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf [consultado a 24 de septiembre de 2018].

⁷⁹ El art. 5.1, letra d, de la CEDH dispone que «[t]oda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud

la CEDH, y no se refiera al niño o al menor de edad y a su derecho de protección o el deber de amparo, como sí sucedía en la Declaración americana, nos permite considerar que los derechos de la CEDH son el mínimo de derechos humanos que se les conceden a los menores infractores de la ley o a los menores delincuentes, entre ellos los menores inmigrantes irregulares no acompañados. Por ese motivo, consideramos a este instrumento una pieza clave, que nos puede servir para el desarrollo de un mínimo de derechos humanos para todos los menores inmigrantes irregulares no acompañados en Europa. Como veremos más adelante, este instrumento jurídico coincide en algunos aspectos con el sistema interamericano, en su articulado.

El siguiente instrumento del sistema del CdE que surge es la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (CSE)⁸⁰. La importancia de esta norma radica en la diferenciación conceptual y normativa entre «niño» y «adolescente». En ese sentido, podemos afirmar que, desde la CSE de 1961 (aunque no se defina expresamente al niño y al adolescente) empieza a construir de manera distinta el derecho a la protección de los niños, y el derecho a la autonomía progresiva y a la ciudadanía económica de los adolescentes (Schömann, 2017: 289-306).

3.1.2. Ciudadanía económica y protección de los adolescentes trabajadores

El primer paso en la construcción de esa ciudadanía y autonomía económicas de los adolescentes trabajadores en la Europa del CdE se da mediante el reconocimiento expreso del derecho a la protección social, legal y económica

de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente». Y el art. 6.1 de la CEDH dispone que «[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan» (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999, pp. 16808-16816).

⁸⁰ Ratificada por España el 29 de abril de 1980 (BOE núm. 153, de 26/06/1980).

de los menores trabajadores en el artículo 7 de la CSE de 1961⁸¹. A pesar de su indeterminación conceptual entre niño y adolescente, podemos deducir que son niños las personas menores de 15 años a los que no se les permite trabajar. Y son adolescentes las personas de una edad mínima de 15 años hasta los 17 años a los que sí se les permite trabajar. No se menciona a las niñas y adolescentes en edad laboral y trabajadoras, ni tampoco se dice nada sobre la niñez inmigrante no acompañada, residentes legales y tutelados por personas o Administraciones en los Estados parte. Esta protección económica del adolescente de la CSER es precisamente la que reclama la mayor parte de la niñez inmigrante, no acompañada, que llega a España.

Con base en lo anterior, podemos afirmar que en la CSE se produce una discriminación por razón de sexo, una discriminación por razón de nacionalidad y por estar solo o no acompañado de la familia biológica a la hora de definir los términos de niño y adolescente, así como en el desarrollo del derecho al trabajo de las y los menores. Las mujeres y menores extranjeras trabajadoras (en especial las menores no acompañadas) son las más vulnerables a sufrir violaciones de sus derechos humanos.

La discriminación por razón de sexo plasmada en la CSE de 1961 trató de subsanarse 27 años después mediante el Protocolo Adicional de 5 de mayo del año 1988. Este protocolo fue la primera enmienda que se realizó a la CSE. Supuso un avance en derecho antidiscriminatorio al incorporar el derecho a

⁸¹ El art. 7 de la CSE de 1961: «Para garantizar el ejercicio efectivo de la protección de los niños y adolescentes las Partes contratantes se comprometen: 1. A fijar en 15 años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones para los niños empleados en trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación. 2. A fijar una edad mínima más elevada para la admisión al trabajo en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas o insalubres. 3. A prohibir que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de su educación. 4. A limitar la jornada laboral de los trabajadores menores de 16 años para adecuarla a las exigencias de su desarrollo, y en particular, a las necesidades de su formación profesional. 5. A reconocer el derecho de los menores y los aprendices a un salario equitativo o, en su caso, otra retribución adecuada. 6. A disponer que las horas que los menores dediquen a su formación profesional durante la jornada normal de trabajo con el consentimiento del empleador se consideren que forma parte de dicha jornada. 7. A fijar una duración mínima de 3 semanas para las vacaciones pagadas de los trabajadores menores de 18 años. 8. A prohibir el trabajo nocturno a los trabajadores menores de 18 años, excepto en ciertos empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales. 9. A disponer que los trabajadores menores de 18 años ocupados en ciertos empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales sean sometidos a un control médico regular. 10. A proporcionar una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos los niños y los adolescentes, especialmente contra aquellos que, directa o indirectamente, deriven de su trabajo».

la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación sin que quepa discriminación basada en el sexo para la selección y asignación de un puesto de trabajo⁸².

Un derecho al trabajo que no les es reconocido a los adolescentes inmigrantes no acompañados, residentes legales y tutelados, en cuanto la CSE es el único instrumento ratificado por España, y se le aplica exclusivamente a los nacionales de los Estados parte, y a los nacionales de otros Estados parte que se encuentren en estancia o residencia en el territorio de otro Estado del que no son nacionales. Nada se dice sobre los adolescentes extracomunitarios bajo la tutela de la Administración pública de un Estado parte, o de un adulto nacional de un Estado parte (Belorgey, 2007: 354). Entendemos, por este motivo, que, aunque no se les mencione, los que no han sido retornados y se les ha tramitado la tarjeta de residencia en un Estado parte, como sucede en el caso de los MENA en España, tienen cabida en el artículo 7 de la CSE, y por consiguiente también les debe ser reconocido el derecho al trabajo⁸³.

A este respecto debemos señalar que, en nuestra opinión, supone una traba al reconocimiento del derecho humano al trabajo y a la protección económica de los MENA en España, el hecho de considerar al niño y al adolescente seres dependientes y miembros de una familia biológica concreta y no de la familia humana. Prueba de nuestra afirmación es el artículo 16 de la CSE:

con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes Contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y

⁸² Este Protocolo Adicional de 1988 fue firmado por España el 5 de mayo del año 1988 y ratificado el 24 de enero del año 2000. Está en vigor desde el 23 de febrero del año 2000. Según el propio Consejo de Europa, «la importancia de este Protocolo radica en la extensión de los derechos sociales y económicos garantizados por la CSE de 1961 al añadir derechos como: a) el derecho de los trabajadores a igualdad de oportunidades, igualdad de trato en materia de empleo y ocupación sin discriminación basada en el sexo; b) el derecho de los trabajadores a ser informados y consultados dentro de la empresa; c) el derecho de los trabajadores a participar en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y el entorno laboral en la empresa; y d) el derecho de las personas mayores a la protección social». Información disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/128> [consultado a 21 de septiembre de 2018].

⁸³ Un derecho que, hoy en día, no viene regulado para los adolescentes inmigrantes por la ley ni el reglamento de extranjería en el caso español. Derecho que desarrollaremos más adelante.

social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados, o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas⁸⁴.

Además, en esta norma se establece un trato distinto para las familias compuestas por nacionales de otros Estados parte mediante la instauración de un modelo de trabajador inmigrante y una familia que lo acompaña.

El modelo de inmigrante de la CSE no es el inmigrante de un tercer Estado, sino el nacional de un Estado Parte de la CSE. En ese sentido, el art. 19 de la CSE de 1961 dispone en su primer inciso que «para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte Contratante, las Partes Contratantes se comprometen [...]». De la lectura del art. 19 de la CSE deducimos que el modelo de inmigrante al que se le protege sus derechos humanos es el inmigrante nacional de un Estado parte; esto es, un inmigrante que se ajusta a las leyes migratorias o de extranjería del Estado receptor, que es trabajador legal, adulto, casado y padre de familia. Un trabajador inmigrante titular de la protección estatal, y con deberes para con su familia (Elías Méndez, 2003: 1-27). El marco mínimo de derechos humanos con el que contará el trabajador inmigrante y sus familiares, en el territorio de un Estado Parte, será el establecido en el artículo 19.

El Comité Europeo de los derechos Sociales asume un papel relevante, como órgano de control, en el respeto y aplicación del marco mínimo de derechos humanos de los inmigrantes de la CSE (Clauwaert, 2017: 340-357). Sirva como ejemplo decir que, en el año 2011, en el marco de la protección familiar del trabajador inmigrante, el Comité europeo de los derechos sociales en el asunto no 69/2011 de la ONG Defence for Children International contra Bélgica⁸⁵ reconoció el derecho a la salud de los menores inmigrantes acompañados. Por todo lo anterior, consideramos que en la CSE de 1961 no se está priorizando el goce y ejercicio del derecho humano al trabajo y a la protección

⁸⁴ Este art. 16 de la CSE y todos los demás artículos de la Carta están inspirado por el Considerando núm. 16 de la Carta: «la familia es la cédula fundamental de la sociedad, la cual tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica, y económica para lograr su pleno desarrollo».

⁸⁵ UE. Fra, *Manual de legislación europea sobre derechos del niño*, 2015: 161 y 162. Y Comité Europeo de derechos sociales, Defence for Children International (DCI) contra Bélgica, asunto núm. 69/2011, 23 de octubre de 2012.

familiar del trabajador inmigrante de manera universal, sino que se prioriza como único criterio la edad respecto al acceso al trabajo (Bauman, 1998: 28).

Como hemos podido observar, los Estados Parte de la CSE de 1961 solo ceden soberanía en materia migratoria y derechos humanos al aceptar un marco mínimo de derechos humanos común para todos los inmigrantes comunitarios y sus familias. Aquí se está sometiendo a las mismas estructuras de poder a los menores nacionales y a los menores no nacionales, siempre y cuando permanezcan bajo el control de su entorno familiar, con independencia de si ese entorno le es favorable o no. En nuestra opinión, este sistema de protección de derechos humanos es patriarcal, adultocentrista y nacionalista (Belorgey, 2007: 354), pues los menores inmigrantes acompañados solo son titulares secundarios de derechos humanos. Esto es, solo tienen derechos humanos mientras su padre, titular principal de los derechos humanos, y trabajador inmigrante regular esté junto a ellos y se ajuste a la legalidad del país donde resida. El principal inconveniente de estas limitaciones está en que sitúan al menor en un estatus inferior y secundario, como propiedad de los progenitores, implantando un modelo trasversal de familia y de trabajador inmigrante, que perjudica al menor migrante solo y al adolescente inmigrante económico. Un modelo reproducido, por desgracia, en sus múltiples enmiendas. A este respecto cabe señalar que la CSE de 1961 fue enmendada en tres ocasiones por tres protocolos adicionales. El primero de ellos, ya lo mencionamos, el del 1988 en materia de discriminación laboral por razón de sexo. La segunda enmienda a la CSE se produjo en el Protocolo Adicional de 21 de octubre de 1991, donde se mejoró el control de la aplicación de la CSE; función de control ejercida por el Comité Europeo de derechos sociales y por el Comité Gubernamental⁸⁶. Y la tercera enmienda a la CSE se realizó en el Protocolo Adicional de 9 de noviembre de 1995, donde se mejoró la aplicación efectiva de los derechos garantizados por la Carta a través de un sistema de denuncias colectivas de violaciones de la CSE de 1961. Un sistema de denuncias similar al existente para la CDN de 1989, ya mencionado, y que dijimos es obligatorio en el caso de España. Aquí el órgano competente para examinar la queja o denuncia es el Comité de los derechos sociales, quien se pronunciará sobre el fondo de la queja y enviará al Comité de Ministros y a las

⁸⁶ Este Protocolo Adicional fue firmado por España el 21 de octubre de 1991 y ratificado el 24 de enero del 2000. Información disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/142> [consultado a 21 de septiembre de 2019].

partes interesadas un informe. España no forma parte de este sistema de quejas o denuncias, al no tener firmado ni ratificado el Protocolo Adicional de 1995⁸⁷.

Todo lo expuesto nos lleva a sostener que la plasmación de las estructuras de poder de los Estados nación (esto es, familia, sociedad, Estado), junto al modelo de inmigrante existente en la normativa regional de derechos humanos, han sido los cómplices perfectos para favorecer el sometimiento y las múltiples violaciones de los derechos humanos de las siguientes personas: mujeres inmigrantes (nacionales de Estados parte, de terceros Estados o apátridas) trabajadoras y mayores de edad; hombres menores de edad inmigrantes (nacionales de Estados parte, de terceros Estados o apátridas) acompañados y no acompañados; y con mayor grado de virulencia, las mujeres inmigrantes (nacionales de Estados parte, de terceros Estados o apátridas) trabajadoras menores de edad, acompañadas y no acompañadas. Prueba de ello es la falta de referencia en el articulado de la CSE de 1961 y en sus protocolos adicionales de los años 1988, 1991 y 1995 a las personas apátridas, a los inmigrantes nacionales de terceros Estados, a los solicitantes de asilo, a los refugiados, a los adolescentes inmigrantes trabajadores (acompañados o no acompañados) y a los menores inmigrantes irregulares no acompañados.

3.1.3. Similitudes y diferencias entre los sistemas interamericano y europeo del Consejo de Europa

Pocos años después de la CSE de 1961, instrumento del sistema del CdE, surge la Convención americana sobre derechos humanos de 22 de noviembre de 1969⁸⁸, norma del sistema interamericano de la OEA. A partir de

⁸⁷ Información disponible en: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/158/signatures?p_auth=zdrFUcHy [consultado a 21 de septiembre de 2018].

⁸⁸ El Salvador ratificó la CADH el 20 de junio de 1978 con una reserva y una declaración. La competencia de la CIDH sería aprobada mediante el Decreto Legislativo núm. 319 de 30 de marzo de 1995, publicado en el DO núm. 82, tomo 327, 5 de mayo de 1995. Esta competencia será limitada a «los hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de esta Declaración de Aceptación, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. Además, el Gobierno de El Salvador, reconoce tal competencia de la Corte, en la medida en que este reconocimiento es compatible con las disposiciones de la Constitución de la república de El Salvador». Información disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#El%20Salvador [consultado a 17 de septiembre de 2018].

aquí el sistema interamericano empieza a asimilarse al del CdE. Sirva como ejemplo que el sistema interamericano alude en el artículo 5.5 de la CADH⁸⁹ al «menor» y al derecho al debido proceso, y lo mismo hace el sistema europeo en los artículos 5.1, letra d, y 6.1 de la CEDH. La diferencia esencial entre ambos sistemas está en que la CADH avanza más en el desarrollo del derecho al debido proceso del menor. En concreto, recoge expresamente el derecho del menor a estar separado de los adultos cuando sea procesado y trasladado ante un tribunal especializado, a la mayor celeridad posible, para su tratamiento. Aquí, al igual que ocurría en la CEDH, entendemos que el término menor y el derecho al debido proceso está referido a los «menores en conflicto con la ley» y al mínimo de derechos que les corresponde. Entre estos menores, recordemos, se encuentran los menores inmigrantes irregulares no acompañados (aquí con independencia de la nacionalidad, procedencia y situación administrativa).

En esta norma también se utiliza la expresión de «niño», al tiempo que se usa la de «menor». La CADH se refiere al niño y a su derecho a la protección, y a la garantía de la prohibición de suspensión de este derecho en los artículos 19 y 27.2 de la CADH⁹⁰. Cabe advertir que en estos artículos se vuelve a remitir la protección de los menores a la familia biológica o legalmente responsable, y a la sociedad y el Estado del que son nacionales (Beloff, 2014: 445-469). En concreto, el artículo 17.1 de la CADH dispone que «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado». En cuanto a la diferente terminología utilizada en esta norma para referirse a los menores de edad (niño y menor), debe destacarse que esta distinción tiene el trasfondo ideológico y sociopolítico de la época en la que se aprobó la CADH. La doctrina latinoamericana afirma que cuando se

⁸⁹ Art. 5.5 de la CADH: «Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento».

⁹⁰ Art. 19 de la CADH: «Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado». Y art. 27.2 de la CADH: «La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: art. 3 (derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); art. 4 (derecho a la Vida); art. 5 (derecho a la integridad personal); art. 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); art. 9 (principio de legalidad y de retroactividad); art. 12 (libertad de conciencia y de religión); art. 17 (protección a la familia); art. 18 (derecho al nombre); art. 19 (derechos del niño); art. 20 (derecho a la nacionalidad), y art. 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos».

está utilizando esta diferente denominación de niño y menor se está usando el modelo tutelar o doctrina de la situación irregular. Un modelo que se origina con motivo del incremento en los años 30 de la niñez inmigrante en los Estados latinoamericanos, situación similar a la vivida desde la década de los años 90 por los Estados europeos.

El modelo latinoamericano se considera una copia del modelo europeo y norteamericano, cuando asume la existencia de dos categorías de personas menores de edad: los niños y los menores. Los primeros serían titulares de derechos y los segundos serían objeto de control y protección. Los primeros se identifican con los niños pudientes y los segundos con los pobres, con los que viven un ambiente propicio para delinquir y los que hubieran cometido un ilícito penal. Mediante este modelo de protección, se produce una criminalización de la pobreza que afecta a aquellos niños nacidos en un entorno familiar y social concreto, quienes son internados o institucionalizados. A estos menores pobres no se les otorgan los mismos derechos fundamentales que a los niños y a los adultos. Se considera que se encuentran en situación irregular ellos y no la sociedad. Se les responsabiliza de su propia situación. Se trata de un sistema de protección que no hace distinción entre menores en conflicto con la ley y menores abandonados, huérfanos o en situación de riesgo o peligro (Monterrosa Aguilar, Orellana Peña y Rivera Rodríguez, 2012: 24-29).

La falta de recursos, las deficiencias estructurales para atender a tantos menores y niños, junto a la carencia de voluntad política, motivaron la judicialización del problema, legitimando la criminalización de las categorías denominadas «menores», a pesar de ser los más afectados por la crisis económica y los más vulnerables. Una criminalización que ha estado presente en la legislación de menores de los Estados latinoamericanos desde el año 1919 a 1990 (García Méndez, 1994: 73-87). Desde aquí cabe advertir que bajo la etiqueta de menor estarán incluidos las y los menores inmigrantes irregulares no acompañados, refugiados o solicitantes de asilo. Al contrario de lo que sucedía en la CSE de 1961, no se hace diferencia alguna entre niño y adolescente, ni tampoco se reconoce expresamente el derecho al trabajo de los adolescentes (ni siquiera para los adolescentes inmigrantes de los Estados parte, y muchos menos para los adolescentes inmigrantes de terceros Estados). Cabe destacar también que, al contrario de lo que sucedía en el sistema de CdE, no se recoge la protección de los menores inmigrantes acompañados, puesto que no hay referencia alguna a la protección del trabajador inmigrante legal y sus familias.

No obstante, el artículo 22.6 de la CADH contempla al extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte de la presente Convención (art. 22.6 CADH), quien tendrá derecho a que no se le expulse sin que haya una decisión adoptada conforme a la ley. De la redacción de este artículo deducimos que será el Estado parte, a través de su legislación de migración y extranjería, quien especifique el tipo de autorización administrativa con la que se debe contar para permanecer en el país. Los únicos extranjeros con autorización para la entrada y permanencia en el país son los solicitantes de asilo o refugio, quienes tienen derecho a la prohibición de su devolución cuando su vida o libertad esté en riesgo, y a la prohibición de la expulsión colectiva (art. 22, apartados 7, 8, y 9, de la CADH)⁹¹.

Tampoco se exige autorización administrativa, de entrada, para la permanencia en el país a las víctimas de trata en su versión de explotación laboral y de explotación sexual (art. 6 de la CADH). Un aspecto que ha sido desarrollado e interpretado, posteriormente a la aprobación de la CADH, por la CIDH atendiendo a la realidad migratoria regional y a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados parte en materia de niñez y adolescencia. A este respecto, baste recordar que en el ámbito internacional la fecha clave en la que el niño pasa a ser sujeto con derechos es el 20 de noviembre de 1989, con la aprobación de la Convención sobre los derechos del niño. Un instrumento con vocación de protección y generación de responsabilidades universales de la humanidad con respecto a los niños privados de su entorno familiar (art. 20 CDN), cuya relevancia hace injustificable su lenta implementación en los sistemas de protección de derechos humanos regionales y de los Estados.

A finales de los años 90, en la legislación de los Estados latinoamericanos se comienza a diferenciar al niño y la niña del adolescente dentro del concepto «niño que debe ser protegido», y se pasa de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral. Esto supone un cambio jurídico y sociopolítico radical con respecto a la niñez y adolescencia. A partir de este

⁹¹ Art. 22, apartados 7, 8 y 9, de la CADH: «7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país cuando su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo debido a su condición social o a sus opiniones políticas. 9. Está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros».

momento, los Estados no distinguirán entre niños y menores, sino entre niñas, niños y adolescentes (Beloff, 2009: 1-46; 2011: 405-420; y Gonzalez Contró, 2011: 35-47). Por tanto, la mención al menor en la CADH a partir de ahora se identificará con la noción civilista de menor de edad, y la alusión al niño, con la noción internacionalista que comprende a la niña, al niño y al adolescente bajo la misma denominación (Galvis Ortiz, 2009: 596). En teoría, cualquier niña, niño o adolescente que esté privado de su entorno familiar, de acuerdo con el art. 20 de la CDN, deberá ser beneficiario de todos los cuidados proporcionados por un hipotético entorno familiar, o serán colocados en un establecimiento apropiado de acuerdo con el origen cultural. Mas adelante, veremos dónde y cómo se incorpora este concepto en la normativa salvadoreña vigente.

3.1.4. Bifurcación conceptual y jurídica en los dos sistemas europeos

En la década de los años 90 en Europa, como consecuencia del reconocimiento del niño como sujeto con derechos por la CDN, también se producen cambios conceptuales jurídicos y sociopolíticos importantes. La única diferencia con respecto a Latinoamérica está en la presión migratoria de infantes y adolescentes no acompañados, la cual comenzó en esta década y continua. En este momento el CdE y la UE empiezan a separarse sobre su concepción de la niñez y adolescencia, y sobre el sistema de protección de menores. Consideramos que en el sistema del CdE se produce un reconocimiento de los derechos humanos con carácter universal de todos los menores. Y, por el contrario, en el sistema de la UE comenzará a forjarse un sistema de protección de menores de corte nacionalista y aporofóbico que crea trabas procesales para menores extranjeros que no desea. El restrictivo sistema europeo de protección de los menores comienza con la aprobación de la «Carta europea de los derechos del niño de 8 de julio de 1992»⁹², donde se define expresamente al niño como «todo ser humano hasta la edad de 18 años, salvo que éste, en virtud de la legislación nacional que le sea aplicable, haya alcanzado con anterioridad la mayoría de edad». Cabe destacar que esta fórmula remite a la legislación de los

⁹² Resolución, de 8 de julio de 1992, sobre la Carta Europea de los derechos del niño (DOCE, núm. 241, de 21-09/1992, p. 67.) No es una norma vinculante para los Estados parte.

Estados, y no se establece diferencia alguna entre niñez y adolescencia, como sí se hacía en el sistema del CdE, y en concreto, en la CSE de 1961. También cuando define los tipos de niños a proteger:

los niños originarios de terceros países, cuyos padres residan legalmente en un Estado miembro de la Comunidad, así como los niños refugiados o apátridas reconocidos como tales y que residan en este Estado miembro, deberán poder gozar en el mismo de los derechos enumerados en esta Carta, de acuerdo con su legislación nacional y sin perjuicio de las limitaciones que para alguno de estos derechos pudieran resultar del ordenamiento comunitario. (Carta Europea de los derechos del niño, 1992, punto 5, p. 3)

De aquí deducimos que los Estados parte solo estarán obligados a reconocer y proteger los derechos humanos de menores nacionales, menores extranjeros hijos de residentes legales («niñez inmigrante acompañada»), menores refugiados y menores apátridas regulares. Solo en el caso de que estos niños vean lesionados sus derechos, los Estados parte actuarán para protegerlos y asistirlos de acuerdo con el ordenamiento comunitario.

Con el objetivo de proteger a los niños citados de forma igualitaria, la propia Carta prevé la igualdad de trato entre los niños nacionales y los niños procedentes de terceros países, cuyos padres residan legalmente en un Estado miembro, en todas aquellas materias contempladas en los correspondientes acuerdos de asociación o colaboración celebrados entre la Comunidad y esos terceros países. A esto se agrega la obligación de los Estados Miembros de establecer mecanismos adecuados para velar por el futuro de los niños huérfanos y fomentar así la adopción de los niños que se encuentren en su territorio, teniendo en cuenta siempre el interés del menor (Ocón Domingo, 2006: 127-128). De aquí deducimos que los menores inmigrantes irregulares, acompañados o no acompañados, e incluso los separados, están excluidos del catálogo de los derechos humanos comunitarios de la niñez y adolescencia. Por ese motivo, consideramos que la Carta diseña la especial protección regional para los menores refugiados y para los apátridas, dejando al margen aquellos otros menores que no pueden encuadrarse en estas tipologías y que suponen una elevada carga económica para los Estados receptores. Las restricciones continuarán con el desarrollo de un conjunto de directivas que limitan derechos tales como el derecho al trabajo, la libertad de circulación y residencia, y el derecho a la reunificación familiar.

Con respecto al derecho al trabajo de los menores, la primera Directiva aprobada en la UE es la Directiva 94/33/CE del Consejo de 22 de junio de 1994 relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo⁹³. En esta Directiva se establece la distinción entre niño, adolescente y joven, siendo este último término el homólogo conceptual del niño de la Carta Europea de los derechos del niño. En concreto, el art. 3 dispone que «un niño será todo joven menor de 15 años o que aún esté sujeto a escolaridad a tiempo completo impuesta por la legislación nacional». Por consiguiente, un joven es toda persona menor de 18 años. Y un adolescente es todo joven de 15 años como mínimo, pero menor de 18 años, no sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesto por la legislación nacional⁹⁴. De nuevo la normativa remite a la legislación del Estado miembro, quien determinará qué se entiende por niño, adolescente y joven, y a partir de qué edad podrá trabajar; y el tipo de adolescente inmigrante que podrá trabajar también. El principal inconveniente de esta Directiva es la falta de alusión a los adolescentes inmigrantes no acompañados que se encuentran bajo la tutela de la Administración pública de los Estados miembros. No obstante, la consideramos de gran relevancia por la distinción que establece entre niños y adolescentes, y por permitir el reconocimiento de la ciudadanía económica o el derecho al trabajo a los adolescentes. Un hecho clave para el futuro desarrollo de una hipotética categoría jurídica de adolescente inmigrante económico no acompañado en la legislación de extranjería y migración de los Estados parte (Ruanos Albertos, 2001: 342-388). También en la Directiva 2000/43/CE⁹⁵ del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y en la Directiva 2000/78/CE⁹⁶ del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Esteve

⁹³ Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo (DOCE núm. 216, de 20 de agosto de 1994, pp. 12 a 20).

⁹⁴ Art. 3 Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

⁹⁵ Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE núm. L 180/22 de 19/07/2000).

⁹⁶ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE núm. L 303 de 02/12/2000).

García, 2008: 189-230). En nuestra opinión, las tres directivas conforman la base esencial del futuro desarrollo de la categoría jurídica de adolescente inmigrante económico.

En interacción con esta base normativa consideramos de interés mencionar también el artículo 6 de la Directiva 2000/78 que establece la igualdad de trato aplicable a los jóvenes legalmente facultados para trabajar. Cabe advertir que, en España, están facultados para trabajar los adolescentes de 16 y 17 años (art. 6 del Estatuto de los Trabajadores)⁹⁷. Entendemos que si España, como Estado de acogida de MENA, les otorga la residencia, pero no les otorga autorización para trabajar, está generando una clara discriminación por motivos de edad y nacionalidad contra estos adolescentes, prohibida por el derecho comunitario (UE. Fra, 2015: 59-60). En nuestra opinión, la prohibición de discriminar por motivos de edad obliga a los Estados a la regulación jurídica de la migración económica juvenil, de forma similar a la de los adultos inmigrantes. Motivo por el cual solo debe tenerse en cuenta que el sujeto cuente con la edad suficiente para poder trabajar. Esto conduce a que no puedan restringirle los Estados la entrada y residencia de formar legal para trabajar, sin ser remitidos obligatoriamente a su familia y país de origen. Entendemos imprescindible el desarrollo de cauces legales para la inmigración económica juvenil, pues en 2020 la población en edad de trabajar de la Unión disminuirá en 7,5 millones de personas, por lo que se necesitará mano de obra juvenil para reemplazar a una población autóctona cada vez más envejecida⁹⁸.

Con respecto al derecho humano de los menores a la libertad de circulación y residencia y a la reagrupación familiar, el sistema de la UE empieza a establecer un trato diferenciado de menores comunitarios y extracomunitarios, en la Directiva 2003/86/CE⁹⁹ del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, y en la Directiva 2004/38/CE¹⁰⁰

⁹⁷ «Comentario al art. 6 del Estatuto de los Trabajadores», en *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2007: 183-190.

⁹⁸ UE. Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre la situación en el mar Mediterráneo y necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración, 2018 (DOUE C 58/9).

⁹⁹ UE, Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE núm. 251, de 3 de octubre de 2003).

¹⁰⁰ UE, Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados (DOUE núm. 158 de 30 de abril de 2004).

del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados. En el caso de menores extracomunitarios el artículo 4.1, letra d, inciso segundo, de la Directiva 2003 dispone que «los hijos menores citados en el presente artículo deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no estar casados». Esto es, se impone la noción civilista de menor de edad para los menores extracomunitarios para así poder ser reagrupados por sus padres, trabajadores inmigrantes legales.

Un límite de edad que es inferior al de 21 años, tal y como establece el artículo 2.2, letra c, para los menores o familiares comunitarios para poder ser reagrupados. Aquí, por el contrario, se estaría estableciendo una noción de niñez biológica y económica opuesta a la basada en la minoría de edad que rige para los menores extracomunitarios. Una diferenciación sin justificación alguna (Soto Moya, 2011: 280-299). Debemos destacar que el derecho a la reagrupación familiar no se otorga solo a los adultos inmigrantes trabajadores legales en territorio europeo, sino también a los menores extranjeros no acompañados y refugiados (art. 10.3 Directiva 2003).

El sistema de protección del CdE en el año 1996, con la aprobación de la de la Carta Social Europea Revisada de 3 de mayo de 1996 (CSER)¹⁰¹, asume la categoría internacional de niño privado de su entorno familiar del artículo 20 de la CDN en el artículo 17.1, letra c¹⁰², de la CSER bajo la nomenclatura de «niños y adolescentes privados temporal o definitivamente del apoyo de su familia», o, lo que es lo mismo, «niños y adolescentes privados de cuidados parentales». Una categoría conceptual que distingue entre las necesidades específicas de los niños y los adolescentes como sujetos de derechos diferenciados

¹⁰¹ Este instrumento fue firmado por España el 23 de octubre del año 2000, pero aún no ha sido ratificado, por lo que no es aplicable. Información disponible en: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163/signatures?p_auth=6E634r6q [consultado a 21 de septiembre de 2018.]

¹⁰² El art. 17.1, letra c, de la CSE de 1996 dispone: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los niños y los adolescentes a crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales, las Partes se comprometen a adoptar, bien directamente o bien en cooperación con las organizaciones públicas o privadas, todas las medidas necesarias y adecuadas encaminadas: a garantizar una protección y una ayuda especial por parte del Estado a los niños y adolescentes que se vean privados temporal o definitivamente del apoyo de su familia».

por razón de la etapa del desarrollo humano en la que se encuentran. Además, esta norma también establece, por primera vez, la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30 CSER)¹⁰³. Un derecho a la protección que nos parece imprescindible para los menores extranjeros no acompañados. Por todo lo anterior, consideramos a la CSER de 1996 un instrumento clave en el ámbito europeo para el reconocimiento de los menores extranjeros no acompañados como titulares del derecho al acceso a la protección nacional de menores de los Estados parte, por su condición de menores privados de su entorno familiar y condición de menores pobres y excluidos sociales. El inconveniente que destacar en esta regulación es la falta de definición sobre el tipo de protección que debe proporcionarse a estos menores.

Debemos advertir también que España no ha ratificado la versión de la CSER de 1996, por lo que solo estará vinculada por la versión de la CSE de 1961. Esto quiere decir que ha rechazado los cambios regionales del paradigma sobre la niñez y adolescencia, y el posible control sobre la aplicación de estas alteraciones que se pudieran realizar desde los organismos y sistemas de control implementados en este sistema. A pesar de ello, consideramos que, si España hubiese ratificado la CSER de 1996, estaría obligada a proteger a todos los menores y adolescentes por igual, proporcionándoles la misma protección y amparo que a sus menores y adolescentes nacionales, incluido el derecho al trabajo recogido en el artículo 7 CSE de 1961 para los adolescentes comunitarios. Un derecho que es vital para los adolescentes inmigrantes no acompañados tutelados, puesto que supone el reconocimiento de su autonomía personal, al tiempo que los habilita legalmente para acceder a los recursos necesarios para su propia supervivencia y, en algunos supuestos, la supervivencia de sus familiares en el país de origen.

Con la aprobación de la CSER de 1996 no solo se incorporaría la nueva noción internacional de niñez y adolescencia, la cual se ajusta, como ya hemos mencionado, al colectivo heterogéneo de menores inmigrantes no acompa-

¹⁰³ Art. 30 CER: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social, las Partes se comprometen: a) a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias; y b) a revisar estas medidas con vistas a su adaptación, si resulta necesario».

ñados, sino que también se ampliaría el catálogo de derechos y se mejoraría la protección social, legal, y económicas de las y los menores en edad laboral y trabajadoras. A pesar de los cambios, consideramos criticable el hecho de que se mantenga de manera invariable el orden social de los Estados nación (familia, sociedad y Estado) y el modelo de trabajador inmigrante impresos en el articulado de esta norma.

En el mismo año que se aprueba la CSER de 1996, el sistema del CdE también refuerza y complementa el derecho al proceso equitativo que fija la CEDH con la aprobación del Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996¹⁰⁴. Un instrumento que introduce, por primera vez, en el ordenamiento jurídico europeo el derecho a ser oído y a la participación del artículo 4 del CDN de 1989, y la recomendación 1121(1990) de la Asamblea Parlamentaria, relativa a los derechos del niño. Se pretende, en aras del interés superior del niño, el desarrollo de la plena participación de estos en los procedimientos que les afecten frente a una autoridad judicial o administrativa (art. 1.2 del Convenio de 1996)¹⁰⁵.

Consideramos que esta norma europea es el eje principal en torno al cual deben construirse las garantías procesales de los menores extranjeros no acompañados, las cuales deben plasmarse en la legislación de migración, extranjería, asilo y menores. Pensamos que este Convenio, de 1996, deja las puertas abiertas (en virtud del principio de igualdad y del principio de prohibición de discriminación) para ser aplicado a la hora de establecer los intereses de los MENA que se vean afectados en cualquier procedimiento administrativo en los que estén implicados, o que puedan afectar a sus derechos procesales. Sirva de ejemplo, la omisión del nombramiento de un tutor y de un representante legal desde su llegada al país; la ejecución de una devolución, expulsión o

¹⁰⁴ Firmado por España el 5 de diciembre de 1997, ratificado el 18 de diciembre de 2014, y entró en vigor el 1 de abril del año 2015. Información disponible en: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/160/signatures?p_auth=kTxieTJt [consultado a 24 de septiembre de 2018].

¹⁰⁵ El art. 1.2 del Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 25 de enero de 1996: «el objeto del presente Convenio es el de promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, de concederles derechos procesales y facilitarles el ejercicio de esos derechos velando por que los niños, por sí mismos, o a través de otras personas u órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial», y el art. 2 a) que «a efectos del presente Convenio, se entenderá por autoridad judicial, un tribunal o una autoridad administrativa que tenga competencias equivalentes». BOE núm. 45 de 21 de febrero de 2015.

retorno, o refugiado MENA y solicitante de asilo, o un MENA y víctima de trata; el rechazo de su pasaporte como documento identificativo en el que aparece su edad; el decreto por el que se establece su mayoría de edad; el decreto por el que se establezca su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros en vez de en un centro de protección de menores; la «retención» de un MENA en el centro de protección nacional de menores, cuando éste quiera reunirse con un familiar o amigo cercano de su familia en otro Estado miembro de la UE, o cuando quiera acceder al mercado laboral español siempre y cuando tenga 16 o 17 años, sin tener que contar con el consentimiento de la Administración pública que lo tutele hasta la mayoría de edad.

Como cabe observar, el discurso de los derechos humanos del CdE en el ámbito regional europeo es el único que evoluciona y se adapta al discurso internacionalista de los derechos humanos de la niñez y adolescencia. En su interior crea, incluso, la protección específica del niño inmigrante y víctima de trata en el artículo 4, letra d), del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 16 de mayo del 2005¹⁰⁶, y en el artículo 3 a) del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 25 de octubre del 2007¹⁰⁷. Prueba de su adaptación al discurso internacional está la asunción de la noción internacional de niño, al disponer en dichos artículos que «el término niño designa a toda persona de menor de 18 años». Esta misma definición del niño será asumida, posteriormente, por el TEDH para referirse a la niña, niño y adolescente menores de 18 años bajo la misma expresión (Unión Europea, Agencia de los derechos fundamentales, 2015: 19).

3.2. (Des)protección categórica y jurídica de los menores no acompañados nacionales de terceros países, y de su otro yo, los menores extranjeros privados de cuidados parentales

Desde el año 1997 hasta hoy, en Europa y en Latinoamérica, el anudamiento entre familia, sociedad y Estado, ya mencionado, se ha mantenido intocable. Este hecho hace que impere una visión Estado-centrista y nacionalista en la

¹⁰⁶ Ratificado por España el 23 de febrero de 2009 (BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009).

¹⁰⁷ Ratificado por España el 12 de marzo de 2009 (BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010).

configuración de los derechos humanos, incluido el derecho humano de protección de los infantes y adolescentes migrantes privados de cuidados parentales (art. 20 CDN, art. 17.1, letra c, CSER). Infantes y adolescentes que, en algunas ocasiones, pueden ser beneficiarios del marco jurídico de protección internacional y se identifican con un tipo de niñez migrante asistenciable.

3.2.1. El doble paradigma sobre la niñez migrante asistenciable: ¿irregular o vulnerable?

Durante este período se utiliza un doble discurso moral en los instrumentos políticos y jurídicos, el cual es perjudicial para la niñez migrante no acompañada. Por un lado, está la niñez representada como una amenaza para la sociedad y Estado de acogida, como consecuencia de su entrada irregular en el Estado receptor, y sobre la que se ejercerá represión. Y, por otro lado, está la niñez vulnerable, sin agencia, sin capacidad, a la que los Estados deben compadecer. Este tipo de niñez se identifica usualmente con los beneficiarios del marco de protección internacional¹⁰⁸.

En el ámbito europeo este doble discurso se complementa con el desarrollo de una política europea migratoria, de seguridad y fronteras, que se traslada a los Estados miembros de la UE, y también a terceros Estados, cuya importancia para Europa radica en el hecho de ser países emisores o de tránsito de niñez migrante no acompañada, como, por ejemplo, Turquía y Marruecos (Afailal, 2015). En otras palabras, la política y legislación de la UE está dirigida a frenar, en origen, la emigración de la niñez migrante no acompañada y a devolver gran parte de los que han logrado cruzar las fronteras europeas a su país de origen por todos los medios posibles, dado que son una carga económica para el Estado receptor (Garrido Gómez, 2015: 433-436). Prueba de ello es el Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)¹⁰⁹. Mediante este instrumento jurídico no vinculante se están desarrollando las directrices que dentro del Programa de Estocolmo están dedicadas a la «protección jurídica» de los MENA. Entrecorramos el término protección porque gran parte

¹⁰⁸ Este mismo discurso jurídico-político se mantiene también en Canadá entorno a la detención de la niñez migrante solicitante de asilo (Kronick y Rousseau, 2015: 544-569).

¹⁰⁹ UE. Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), Bruselas, 6.5.2010, COM (2010)213 final.

de sus objetivos están dirigidos a prevenir la llegada de estos menores y no a acogerlos y protegerlos, a pesar de ser menores o adolescentes en situación de desamparo. Con esta finalidad la UE financió programas de sensibilización destinados a menores en situación en riesgo o desamparo con alta probabilidad de emigrar, al tiempo que instauró programas específicos de atención y protección de los menores emigrantes retornados en su país de origen o terceros Estados (Senovilla Hernández, 2011).

Por el contrario, los sistemas de protección regionales del CdE y de la OEA carecen de una política regional común. En nuestra opinión, esta carencia de política hace posible que las dos organizaciones internacionales sean las únicas con capacidad para hacer cumplir a los Estados miembros con los principios generales del Derecho internacional y con las obligaciones internacionales adquiridas en materia de niñez y asilo (Villalta Vizcarra, 2014: 42). Ambos sistemas, la OEA y el CdE, encuentran como obstáculo principal la competencia exclusiva de los Estados sobre los sistemas de protección de menores y las medidas alternativas de cuidado parental, lo que repercute en los derechos humanos de la niñez migrante no acompañada, tanto en España como en El Salvador. No obstante, con respecto a la región latinoamericana, cabe advertir que EE. UU. a través de la externalización de sus fronteras y con su política migratoria ejerce una importante y fuerte influencia en El Salvador (Bush et al., 2009). Esto explica por qué la mayoría de los instrumentos jurídicos y políticos salvadoreños, o estudios doctrinales, contemplan a El Salvador como país emisor y de tránsito de niñez migrante no acompañada y no como país receptor¹¹⁰. En otras palabras, EE. UU. representa para El Salvador, lo que la UE representa para Turquía y Marruecos. Sirva como ejemplo decir que el país norteamericano ha fomentado en El Salvador, al igual que la UE lo ha hecho en Marruecos, la creación de un «Plan de atención a niñas, niños y adolescentes retornados» el cual se ejecuta en el Centro de Atención a la Niñez, Adolescencia y Familia (CANAF)¹¹¹. Como cabe imaginar la finalidad última

¹¹⁰ María Laura Serra afirma que «El Salvador no tiene una política migratoria específica, sigue los caminos implementados por las políticas de Norteamérica, agregando a ello que la entrada de remesas es el sostén de los salvadoreños. Esta falta de políticas genera una gran cantidad de pobres y, en consecuencia, de inmigrantes» (Serra, 2011: 236).

¹¹¹ ISNA, Procedimiento de atención a la niñez y adolescencia retornada y a su familia. Programa de atención que se inició el 2 de marzo de 2016. Disponible en: <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/isna/documents/209461/download> [consultado a 1 de enero de 2019].

de la conexión dentro y fuera de las fronteras europeas o estadounidenses es reprimir, frenar y controlar los flujos migratorios de menores extranjeros no deseados, el colectivo de los menores pobres y asistenciables. Un colectivo sometido a la exclusión social tanto en el Estado de origen como en el Estado de destino¹¹². Además, la aplicación de la política de seguridad y control fronterizo interno y externo está creando, por un lado, una situación de desamparo y de riesgo, tanto en origen como en destino, a la niñez migrante no acompañada. Y, por otro lado, está imposibilitando el acceso al asilo, e incumpliendo el principio internacional de no detención y no devolución de estos menores (Arlettaz, 2016b: 71-96). Por tanto, hay que advertir que la política y la normativa de la UE se aleja de los derechos humanos universales de todos los niños con independencia de su nacionalidad y su estatus jurídico.

Los únicos mecanismos de protección de derechos humanos regionales capaces de neutralizar el discurso jurídico-político excluyente de la niñez migrante no acompañada en la jurisdicción estatal son, en Europa, el CdE, y en Latinoamérica, la OEA. Estos dos organismos internacionales serán los encargados de supervisar que los Estados cumplen con el derecho internacional, con su obligación internacional de no detección de niñez migrante, con el derecho de protección de todo tipo de niñez y con el derecho de acceso al asilo. Esta afirmación no nos impide decir que la normativa interna de protección de niñez y adolescencia, extranjería y migración de los Estados, tanto en los países europeos como latinoamericanos, gira en torno a la «protección» de determinados menores migrantes y a la exclusión de otros.

Las regulaciones jurídicas y políticas estatales tienen una tendencia machiavélica con respecto a todo tipo de menor extranjero no acompañado, aunque sea refugiado, que se oculta bajo la utilización de la retórica de «reparación justa» de la niñez migrante no acompañada. Un humanitarismo excluyente que afecta a las libertades y derechos humanos de los menores migrantes, como es el caso del derecho al amparo del menor desamparado o en situación

¹¹² La pobreza en el caso de El Salvador conduce a que estos menores tengan un nivel educativo inferior al que le corresponde a otros menores de sus edades provocando que tenga un menor acceso a un trabajo digno cuando accedan a la edad laboral. Este menor nivel educativo es producto de la violencia social, el miedo a ser reclutado por pandillas. Un reclutamiento que comienza a realizarse desde los 12 años en las escuelas públicas, y no así en las escuelas privadas. Este es un factor más que obligar a emigrar al colectivo de menores emigrantes no acompañados salvadoreños (Crea et al., 2017: 240-256).

de riesgo, la libertad de decidir sobre la vida propia y a elegir dónde desempeñarla, el derecho de acceso a un sistema de cuidados alternativos y el derecho a la reunificación familiar de los menores no acompañados y refugiados en el Estado de acogida (De Grave, 2015: 71-88). Hechos que producen el desprendimiento de la primacía de la condición de niño respecto a la condición migratoria. La finalidad de toda esta retórica es mantener alejados, como ya hemos señalado, a los menores extranjeros asistenciables. Con este objetivo, en los Estados prevalecerá la situación migratoria o residencial específica del menor. Una situación que determina el nivel y tipo de protección que se le otorgará (medidas administrativas, judiciales de protección y de cuidado alternativo). Un reconocimiento que puede ser limitado por motivos de seguridad nacional, orden público, e, incluso, por motivos económicos (Landesman, 2016: 203-213).

3.2.2. (Des)configuración conceptual y jurídica del sistema regional de protección de menores

Comenzamos advirtiendo que, de los dos sistemas de protección regional que vinculan a España (UE y CdE), y uno a El Salvador (OEA), tan solo el sistema comunitario cuenta con un marco jurídico vinculante. En él se define expresamente al menor no acompañado, así como el contenido de su protección. Por ese motivo, iniciamos este apartado con la exposición del ordenamiento jurídico de la UE. En el marco jurídico comunitario los menores no acompañados aparecen como colectivo en situación de vulnerabilidad, desde finales de los años 90. Todas las normas comunitarias, tanto vinculantes como no vinculantes, aprobadas desde el año 1997 hasta el año 2018¹¹³, están destinadas a asumir esa situación de vulnerabilidad y a suavizar el marco jurídico de extranjería y asilo para adaptarlo a los nuevos valores. Baste recordar que el marco jurídico comunitario de extranjería y asilo había sido creado para los extranjeros adultos. Por consiguiente, se trata de una legislación que no recoge

¹¹³ En esta fecha se adopta la «Guía sobre las condiciones de recepción de los menores no acompañados: normas operacionales e indicadores de diciembre de 2018». Un instrumento no vinculante que marca un antes y un después en la definición de no acompañado y en la configuración de las medidas de protección y garantías procesales de colectivo heterogéneo de los menores no acompañados.

los principios fundamentales aplicables al menor migrante no acompañado por su condición de menor (Fiorini, 2016: 1-37). Esto significa que los Estados miembros de la UE cuentan, por el momento, con el respaldo político y jurídico europeo para plasmar en su normativa interna el doble discurso de la niñez migrante asistenciable.

Un doble discurso que se inicia en el interior del marco jurídico y político europeo con la invención de la categoría deshumanizadora de «menor no acompañado nacional de tercer país» o «menor no acompañado» de la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997¹¹⁴ relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países¹¹⁵ (art. 1, apdos. 1 y 2). De aquí parte la posterior clasificación jurídica europea de menores no acompañados. También la noción de «menor extranjero no acompañado» de la legislación española. En el artículo 1.1 de la mencionada resolución se define a los menores no acompañados como aquellos

menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos. También los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos.

Continúa advirtiendo, en el artículo 1.2, que

la presente Resolución no afectará a los nacionales de países terceros, familiares de nacionales de un Estado miembro de la UE, ni a los nacionales de un Estado miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) que sea parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), ni a sus familiares, cualquiera que sea la nacionalidad de éstos, cuando ejerzan su derecho de libre circulación en virtud del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o del Acuerdo Sobre el Espacio Económico Europeo, respectivamente.

¹¹⁴ DOCE, C 221/23, de 19 de julio de 1997.

¹¹⁵ Esta norma al ostentar el rango de Resolución es un acto jurídico no vinculante para el Estado firmante, lo que dejará en manos de los Estados el que concedan o no los derechos reconocidos en el mismo instrumento y el que se encarguen en proporcionar un procedimiento de trato justo y de control de los actos de sus instituciones y del personal trabajando bajo su cargo. Senovilla Hernández, 2007: 10-12.

Como podemos observar en la Resolución de 1997 ya empieza a definirse qué tipos de menores no acompañados serán objeto de protección sin condición alguna (los nacionales de los Estados miembros de la UE, AELC y EEE), a quienes les estará permitido la entrada y residencia en territorio europeo (los extranjeros extracomunitarios solicitantes de asilo) y serán protegidos, al menos con carácter temporal, y a quienes se les denegará la permanencia y protección, y, por lo tanto, serán repatriados (los irregulares). Los extranjeros extracomunitarios en busca de asilo entrarán dentro del cupo de niñez migrante vulnerable regularizada y con derecho a la protección del Estado receptor (art. 4.1, inciso primero, de la Resolución de 1997)¹¹⁶, mientras que el resto de los extranjeros extracomunitarios, el colectivo de niñez migrante irregular, será criminalizada (art. 5 de la Resolución de 1997)¹¹⁷. Los primeros accederán al sistema nacional de protección infantil y adolescencia, y a los cuidados alternativos; los segundos serán retornados a su país de origen o a un tercer Estado dispuesto a admitirlos.

Este doble discurso sobre la niñez migrante no acompañada iniciado con la Resolución de 1997 se implantará, más tarde, de manera transversal en ocho directivas y dos reglamentos europeos.

A través de la normativa regional de la UE se desarrollan diversas categorías jurídicas de menores no acompañados, a los que les corresponden distintas medidas de protección y garantías procesales en los Estados miembros de la UE, a saber:

- Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a las medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida¹¹⁸.

¹¹⁶ Inciso primero del art. 4.1 de la Resolución de 1997: «todos los menores no acompañados deberían tener derecho a solicitar asilo».

¹¹⁷ Art. 5: «cuando un menor de edad no sea autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, éste sólo podrá devolverlo al país de origen o un país tercero dispuesto a admitirlo cuando a su llegada se reúnan en éstos las condiciones adecuadas de acogida y asistencia para el menor, en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía. De ello podrán encargarse los padres u otros adultos que cuiden de él, así como órganos estatales o no estatales».

¹¹⁸ DOCE núm. 212 de 07/08/2001.

- Directiva 2013/33/UE¹¹⁹ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional¹²⁰.
- Directiva 2011/95/UE¹²¹ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida¹²².
- Directiva 2013/32/UE¹²³ sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional¹²⁴.
- Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar¹²⁵.
- Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración¹²⁶.
- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo¹²⁷.

¹¹⁹ El art. 32 de esta Directiva derogó a la Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, y la sustituyó a partir del 21 de julio de 2015.

¹²⁰ DOUE L180/96 de 29/06/2013.

¹²¹ El art. 40 de esta Directiva deroga a la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, y la sustituye a partir del 21 de diciembre de 2013.

¹²² DOUE L 337/9 de 20/12/2011.

¹²³ A través del art. 53 de esta Directiva se derogó la Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, y la sustituyó a partir del 21 de julio de 2015.

¹²⁴ DOUE L180/60 de 29/06/2013.

¹²⁵ DOUE L251/12 de 03/10/2003.

¹²⁶ DOUE L261/19 de 06/08/2004.

¹²⁷ DOUE L101/1 de 15/04/2011.

- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular¹²⁸.
- Reglamento (UE) núm. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Reglamento Dublín III)¹²⁹.
- Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 (Código de fronteras Schengen)¹³⁰.

Cinco de las ocho directivas mencionadas (Directiva 2001/55/CE, Directiva 2013/33/UE, Directiva 2011/95/UE, Directiva 2013/32/UE y Directiva 2003/86/CE) y dos reglamentos (Reglamento Dublín III y Código de fronteras Schengen) han seguido gestando el derecho a la protección internacional y asilo de los menores no acompañados¹³¹. Dos de las ocho directivas (Directiva 2004/81/CE y Directiva 2011/36/UE) han estado destinadas a crear un «posible» tipo de protección específica, diferenciado de la protección internacional y asilo, para las víctimas de trata¹³². Y una última Directiva (Directiva 2008/115/CE) está destinada a continuar con el desarrollo del procedi-

¹²⁸ DOUE L348/98 de 24/12/2008.

¹²⁹ DOUE L180/31 de 26/06/2013.

¹³⁰ DOUE L77/1 de 23/03/2016.

¹³¹ Derecho del asilo y refugio ha sido plasmado en varias normas europeas entre las que están: art. 78 TFUE; art. 18 CEDFUE; Reglamento EUODAC 2000; Reglamento Dublín III; Reglamento Dublín IV (pendiente de aprobación); Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar; Pacto Europeo sobre inmigración y asilo 2008 (no es derecho vinculante); Reglamento 439/2010; Directiva sobre normas de acogida (2013/33/UE); Directiva de procedimientos de asilo (2013/32/UE); Directiva sobre los requisitos de reconocimiento (2011/95/UE); Reglamento sobre el Código de fronteras Schengen (2016/399); Directiva sobre protección temporal (2001/55/CE); y Decisión medidas presupuestarias (2016/233/UE). Todas las directivas mencionadas cuentan con una Directiva precedente a la que sustituyen que no mencionaremos aquí (*vid.* Arenas Hildalgo, 2017: 177-202).

¹³² Decimos posible en cuanto que en el art. 16 de la Directiva 2011/36/UE se vuelve a delegar en el Estado miembro la decisión sobre la expulsión, o no, de los menores no acompañados y víctimas de trata. Esto nos conduce a afirmar que los menores no acompañados son una carga económica para el Estado y un reto para los sistemas de protección que no contemplan la posibilidad de que puedan trabajar durante la adolescencia e integrarse en la sociedad de acogida.

miento de repatriación o retorno de aquellos otros menores no acompañados, a los que no se les otorga ningún estatus jurídico específico de protección. La regulación mencionada está demostrando cómo en el ámbito regional europeo la construcción de la titularidad de la libertad de circulación, residencia y derecho de protección de la infancia y adolescencia se ha realizado de manera restringida. No todos los menores extranjeros tienen los mismos derechos, libertades y garantías.

Nosotros entendemos que de la regulación jurídica europea arriba referenciada pueden discernirse hasta siete categorías jurídicas de menores no acompañados a los que les corresponden distintos derechos, libertades y garantías¹³³, a saber:

- menor no acompañado y solicitante de asilo¹³⁴ (Directiva 2013/33/UE, Reglamento Dublín III y Código de fronteras Schengen);
- menor no acompañado y beneficiario de protección temporal¹³⁵ (Directiva 2001/55/CE);
- menor no acompañado y beneficiario de protección internacional¹³⁶ (Directiva 2011/95/UE y Directiva 2013/32/UE);
- menor no acompañado y beneficiario de protección subsidiaria o persona con derecho a la protección subsidiaria¹³⁷ (Directiva 2011/95/UE y Directiva 2013/32/UE);

¹³³ *Vid.* cuadro anexo de auto elaboración de clasificación de menores no acompañados y sus derechos, libertades y garantías reconocidos por las directivas europeas.

¹³⁴ Un solicitante de asilo, de acuerdo con el art. 2b de la Directiva 2013/33/UE, es «el nacional de un tercer país o apátrida que haya presentado una solicitud de asilo sobre la cual todavía no se haya dictado una resolución definitiva».

¹³⁵ Los beneficiarios de protección temporal son aquellas personas desplazadas, nacionales de un tercer país o apátridas, que no pueden volver a su país de origen. La llegada de estas se produce de forma masiva, y tienen una alta probabilidad de acceder al estatus de refugiado. Esta protección temporal no es una excepción, ni sustituye a la protección internacional. Es un mecanismo que ayuda al sistema de asilo para que no se colapse en el caso de afluencia masiva de personas (Villar, 2017).

¹³⁶ Un beneficiario de protección internacional, de acuerdo con el art. 2b Directiva 2011/95/UE, es «una persona a la que se ha concedido el estatuto de refugiado o el estatuto de protección subsidiaria». Por este motivo, la regulación jurídica de las siguientes categorías jurídicas coincide en la mayor parte con la presente categoría jurídica.

¹³⁷ El art. 2 f Directiva 2011/95/UE define a la persona con derecho a la protección subsidiaria como «un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica

- menor no acompañado y refugiado¹³⁸ (Directiva 2011/95/UE, Directiva 2013/32/UE y Directiva 2003/86/CE);
- menor no acompañado y víctima de trata¹³⁹ (Directiva 2004/81/CE y Directiva 2011/36/UE);
- y menor no acompañado e inmigrante irregular (Directiva 2008/115/CE)¹⁴⁰.

De la anterior clasificación jurídica de menores no acompañados deducimos que la categoría conceptual de «menor no acompañado», desde su creación en el año 1997 hasta la aprobación del último instrumento jurídico vinculante, el Código de fronteras Schengen, en el año 2016, está destinada a mantener la primacía de la condición migratoria sobre la condición de niño de los nacionales o familiares de extracomunitarios. Una denominación, la de menores no acompañados, que carece de sentido humanitario e incluso de todo tipo de niñez, en este caso, la privada de cuidados parentales. El hecho de que se contemple a estos menores extranjeros privados de cuidados parentales como «menores no acompañados» provoca que todos los menores no acom-

el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país». Un beneficiario de protección subsidiaria es aquel que ha accedido al estatus de protección subsidiaria.

¹³⁸ El art. 2 b de la Directiva 2003/86/CE, art. 2, letra g y j, de la Directiva 2013/32/UE, y art. 2, letra d) y e,) de la Directiva 2011/95/UE lo definen como «un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o un apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él, y al que no se aplica motivo de exclusión».

¹³⁹ De acuerdo con el art. 2, letra c, de la Directiva 2004/81/CE, se entenderá por víctima de trata aquella persona que haya sido víctima en casos como los abarcados en los arts. 1, 2 y 3 de la Decisión marco 2002/629/JAI (artículos referidos a las infracciones con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual; inducción, complicidad y tentativa; y sanciones). El Estado miembro decidirá si a este menor no acompañado y víctima de trata se le otorga la protección internacional u otro tipo de estatuto con arreglo al derecho nacional (Considerando núm. 23 Directiva 2011/36/UE).

¹⁴⁰ Conforme con el Considerando núm. 8 de la Directiva 2008/115/CE son irregulares aquellos menores no acompañados que fueran solicitantes de asilo, y a los que se le comunique una decisión desestimatoria de la solicitud que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo. También incluiríamos como irregulares a aquellos menores no acompañados y víctimas de trata que no se les otorgue el estatus de víctima de trata. Esta Directiva está pendiente de ser refundida por su versión revisada (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9620-2019-INIT/es/pdf>).

pañados sean tratados, en principio, como irregulares, al primar la seguridad, orden público y la protección de la soberanía nacional del Estado receptor frente a la protección de los derechos humanos del menor inmigrante, con independencia de su situación administrativa o de su condición de «niño» (Velasco Retamosa, 2018: 88-90). Esto nos indica que solo prima la condición de niño para una parte de los menores no acompañados como es el caso de los solicitantes de asilo, a quienes se les concede el derecho de acceso al sistema nacional de protección de menores en el Estado receptor (Trinidad Núñez, 2016: 83-108).

Como podemos deducir, en el sistema de la UE el derecho de protección de la infancia y adolescencia, y en especial de los no acompañados, es restringido, fomentando la creación de un sistema de protección infantil y juvenil en los Estados miembros a tres niveles: en el primer nivel, estarán los menores nacionales del Estado donde se encuentren, quienes acceden al sistema de protección de menores sin ningún condicionamiento; en el segundo nivel, estarán los menores nacionales de Estados miembros de la UE, AELC y EEE, cuyos derechos humanos pueden limitarse bajo términos estrictos de seguridad nacional y orden público¹⁴¹, y en el tercer nivel, estarían los menores nacionales de terceros países, entre los que están algunos de los menores no acompañados (solicitantes de asilo beneficiario de protección temporal, refugiados, beneficiario de protección subsidiaria, beneficiario de protección internacional y víctimas de trata). Este tercer nivel está siendo instaurado como consecuencia de la asunción de compromisos internacionales por parte de los Estados, mediante la firma y ratificación de los instrumentos internacionales, como es la Convención sobre el estatuto de los refugiados o la Convención sobre los derechos del niño (Sassen, 2001: 73).

Como podemos deducir de todo lo anterior el menor no acompañado que posee un marco jurídico más amplio de protección es el solicitante de asilo. Un derecho de acceso a la protección en el tercer nivel, que puede ser limitado de acuerdo con el artículo 25.6 de la Directiva 2013/32/UE. Los Estados miembros pueden acelerar o regular que se lleve a cabo el examen de la solicitud de asilo de un menor no acompañado en la frontera o en las zonas

¹⁴¹ Art. 28.3 b de la Directiva 2004/3/CE del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

de tránsito, por motivos de seguridad nacional y orden público, sin permitir su entrada y establecimiento en su territorio si la solicitud es inadmitida o rechazada. Más adelante, veremos cómo se traduce este sistema de protección específico para los menores no acompañados en el caso de España.

En la normativa vigente de la UE, la protección de los derechos humanos de la niñez gira en torno a la nacionalidad y situación migratoria del menor en el Estado en el que se halle. A estos menores extranjeros que acceden al sistema europeo de protección de menores a través del tercer nivel no se les ofrecen medidas especiales, ni mayor protección que la ofrecida a los nacionales, lo que incrementa su vulnerabilidad. Baste recordar que los menores nacionales cuentan con la protección de sus familias, comunidades, redes de apoyo, y del Estado que les otorga la nacionalidad, pero en el caso de la niñez migrante no acompañada carecen de todo lo anterior en el Estado de acogida (Bhabha, 2012: 211). Por este motivo, el sistema europeo de protección multinivel de menores está siendo cuestionado.

Entre los órganos regionales que objetan sobre este sistema multinivel de la normativa europea están los siguientes: el Comité Europeo de las Regiones, en cuyo Dictamen, de 13 de febrero de 2018, ha reivindicado una interpretación universalista de los derechos humanos de la niñez y adolescencia y ha cuestionado el sistema de protección de los menores migrantes. El dictamen dispone que el marco jurídico que debe regir para cualquier tipo de niñez y adolescencia en Europa es el artículo 24 de la CDFUE¹⁴², junto a la CDN, el CEDH y otras convenciones internacionales pertinentes suscritas por los Estados miembros. El Comité Europeo de las regiones trata de desprenderse de todas las etiquetas generadas hasta el momento por la UE respecto a la niñez inmigrante no deseada, la no acompañada, señalando que todos y cada uno de ellos son niños y, como tales, deben contar con derechos fundamentales en las políticas europeas y nacionales; y recuerda también a los Estados miembros que los menores migrantes desarraigados y los menores migrantes

¹⁴² El art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE de 18 de diciembre de 2000 dispone que «1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituye una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses». DOCE C-364/7.

desaparecidos tienen los mismos derechos que los demás niños¹⁴³. La presidencia del CdE ha sugerido también modificaciones en la normativa europea reguladora del derecho al asilo encaminadas a establecer garantías para los más necesitados de protección, entre los que se encuentran los menores no acompañados solicitantes de asilo. Pero debemos advertir que pueden ser expulsados antes de iniciarse el procedimiento correspondiente¹⁴⁴. Asimismo, el CdE en la Conferencia de migrantes en situación irregular, en la que la División de los derechos del niño del CdE estuvo presente, presentó dentro del tema «Las garantías de las personas vulnerables» su propuesta sobre la cobertura de las provisiones legales y de las buenas prácticas aplicables a los casos de grupos vulnerables, durante todo el proceso de retorno. La sesión estuvo enfocada en los menores no acompañados, y, en especial, en aquellos próximos a alcanzar la mayoría de edad, interesando sobre todo el acceso a la educación, a la sanidad y a los sistemas de seguridad social¹⁴⁵.

Por último, para dar respuesta a los requerimientos de protección de los menores no acompañados y, en concreto, a las condiciones de recepción de los no acompañados en los Estados miembros de la UE, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (Easo) ha promulgado recientemente la «Guía sobre las condiciones de recepción de los menores no acompañados: normas operacionales e indicadores»¹⁴⁶. Un instrumento no vinculante con vocación universal que trata de extender las garantías y medidas de protección de los menores no acompañados solicitantes de asilo al resto de menores no acompañados. En este documento el concepto de «menor no acompañado» cambia. Aquí se fusiona el concepto internacional de menor separado y menor no acompañado en el concepto regional europeo de no acompañado. A partir de este momento, en los Estados miembros de la UE un menor no acompañado será un

143 UE. Comité Europeo de las Regiones, Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – La protección de los menores migrantes, 2018: 1-3 (DOUE C 54/76).

144 Consejo de Europa, «Guarantees for those with special needs». Asile. 5939/17. Brussels, 9 February 2017.

145 Consejo de Europa, «OSCE conference on migrants in an irregular situation». Información obtenida de: <http://www.coe.int/en/web/children/-/osce-conference-on-migrants-in-an-irregular-situation> [consultado a 5 de marzo de 2019].

146 Esta guía se complementa con seis documentos más de la Easo, que son: la Guía práctica sobre el interés superior del niño en los procedimientos de asilo; Orientación sobre las condiciones de recepción: normas e indicadores operacionales; Guía práctica sobre la evaluación de la edad; módulo de capacitación sobre entrevistas a niños, y herramienta para la identificación de personas con necesidades especiales. Oficina Europea de apoyo al asilo, 2018: 16.

menor que llega solo; un menor que llega acompañado de un hermano menor o mayor de edad; un menor que llega acompañado de su pareja o esposo menor o mayor de edad, y un menor que llega con otro adulto no responsable de él, de acuerdo con el derecho o costumbre nacional del menor (Easo, 2018: 10 y 11). Más adelante veremos las medidas de protección y garantías procesales concretas para los menores no acompañados en esta nueva concepción del marco jurídico regional europeo.

En el supuesto interamericano, este doble paradigma de la niñez migrante no acompañada, que hemos visto plasmada en el marco jurídico europeo de 1997 a 2018, no existe. Se aplica la protección universal de toda la niñez con independencia de la nacionalidad o situación migratoria. Este universalismo ha venido construyéndose desde el año 2002 con la Opinión Consultiva de la CIDH OC-17/02 de 28 de agosto de 2002 acerca de la condición jurídica y derechos humanos del niño (Zerbini Ribeiro Leão, 2008: 264-265; y Beloff, 2004: 79-192). Un año después la CIDH se pronunciaría sobre la garantía procesal del debido proceso y el respeto a los derechos humanos de todas las personas con independencia de su condición migratoria en el país. Además, establece que los trabajadores inmigrantes indocumentados tienen los mismos derechos que el resto de los trabajadores (Opinión Consultiva de la CIDH OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, acerca de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados) (Hernández Melgar, 2015: 321-331). En nuestra opinión, esto es lo que faltaría por desarrollar en el sistema europeo, en especial el derecho al debido proceso de los adolescentes y jóvenes migrantes trabajadores indocumentados en situación irregular. Este marco jurídico interamericano se completó para la niñez migrante con la Sentencia de la CIDH en el asunto Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia en el año 2013. Y terminó de configurarse para la niñez migrante no acompañada con la OC-21/14 de 19 de agosto del 2014 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional¹⁴⁷.

Los Estados miembros de la OEA a partir de esta última Opinión Consultiva están obligados a proteger a todo tipo de niñez y adolescencia migrante no

¹⁴⁷ OEA. CIDH. OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

acompañada, con independencia de su situación migratoria, y a proporcionarles el trato adecuado a su condición de no acompañado o separado, la protección, aunque sea de carácter temporal, y la protección adicional que corresponda a su perfil (Benítez Giralt, 2014: 112-119). En ese sentido, Arlettaz afirma que

en la OC-21/14 la CIDH clarificó e impuso a los Estados parte de la CADH la obligación internacional de priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta de forma transversal los derechos de los niños, de modo que su protección y desarrollo integral primen sobre su nacionalidad, condición migratoria o cualquier otro impedimento legal. (Arlettaz, 2015a: 94)

Todo lo anterior nos conduce a cuestionarnos el catálogo de derechos, libertades y garantías de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en los Estados miembros de la CADH. A este respecto, la OC 21/14 de la CIDH ha elaborado un conjunto de derechos específicos que atienden a las peculiaridades de cada menor no acompañado por razón de ser beneficiario de protección internacional¹⁴⁸, solicitante de asilo¹⁴⁹,

¹⁴⁸ De acuerdo con el párr. 37 de la OC-21/14 se entiende por protección internacional «aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional —y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario— revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. De este modo, la expresión protección internacional comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia». Y el párrafo núm. 49, letra n, define a la protección internacional como «aquella protección que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o de residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva». Luego esta categoría jurídica comprende al resto de las siguientes.

¹⁴⁹ El párr. 49 letra l de esta OC-21/14 define al solicitante de asilo como «aquella persona que ha solicitado el reconocimiento del estatuto o condición de refugiado y cuya petición está pendiente de resolución».

refugiado¹⁵⁰, apátrida, beneficiario de protección complementaria u otra forma de protección humanitaria, y en situación migratoria irregular¹⁵¹. Por consiguiente, las categorías conceptuales de la OC 21/14 coinciden, más o menos, con las categorías jurídicas de menores no acompañados creadas en la UE. La diferencia esencial está en reconocer explícitamente la primacía de la condición de niño sobre la situación migratoria. Condición de niño que le otorga un trato especial y diferente con respecto a los adultos inmigrantes. Sirva como ejemplo, que los Estados latinoamericanos receptores de este tipo de niñez migrante, al contrario de lo que sucede en los Estados miembros de la UE, nunca podrá internarlos en centros penales o centros de naturaleza similar. Es más, se le deberá aplicar el principio de no devolución del artículo 22.8 de la CADH con independencia de si se le ha reconocido o no el carácter de asilo y de su situación migratoria. Y, además, el Estado receptor de este tipo de niñez deberá ir más allá de la protección general que dispensa a cualquier persona. Deberá tener en cuenta el interés superior del menor en cualquier decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de este. El interés superior del menor puede conducir a que una niña o niño no acompañado en situación migratoria irregular no sea retornado a su país de origen o a un tercer Estado, cuando éste no sea su máximo interés (Arlettaz, 2015a: 85-94).

Una diferencia esencial entre el sistema interamericano y el sistema europeo está en las instituciones de asilo y refugio, y en la protección de la víctima de trata. Una de las particularidades del sistema de asilo interamericano es que

¹⁵⁰ El párr. 49 letra m de la OC-21/14 define al refugiado como «aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. El término 'refugiado(a)' es aplicable también a aquellas personas que han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público».

¹⁵¹ El párr. 147 de la OC-21/14 los define como «aquellas niñas o niños en situación migratoria irregular, producto de una entrada o permanencia en el país sin cumplir con los requisitos de la legislación interna, así como a niñas o niños solicitantes de asilo que no obtuvieron el reconocimiento del estatuto de refugiado, por no contar con elementos de inclusión o por razones de exclusión, que son sometidas a un procedimiento que puede finalizar ordenando la expulsión o deportación al país de origen, o bien permitiendo la estancia».

no existe una categoría jurídica de víctima de trata (*vid.* párr. 71 OC 21/14). Entendemos que aquí su encaje estaría dentro de la noción de refugiado. Por el contrario, en los Estados miembros de la UE vimos que se daba la posibilidad de que la víctima de trata estuviera fuera del marco jurídico europeo de asilo. Cabe advertir que en el caso de los Estados latinoamericanos la institución de asilo y de refugio se rige por un triple sistema caracterizado por la influencia de uno sobre los otros, y viceversa. Este triple sistema de asilo está compuesto por el sistema de Naciones Unidas, el sistema latinoamericano de derecho de asilo y extradición y el sistema interamericano (Cançado Trindade, 2011: 229-310; Galindo Vélez, 2011: 191; Murillo Gonzalez, 2008a: 178; Murillo González, 2008b, 351-371; y Murillo González, 2006: 286). Es en este último sistema, el interamericano, donde se estaría dando cabida a la niñez migrante no acompañada dentro de la noción de refugiado (párr. 80 OC 21/14)¹⁵². Esto quiere decir que los Estados latinoamericanos están obligados a aceptar una solicitud de asilo de un menor no acompañado, y a la hora de examinar su solicitud deberá valorar las formas de persecución particulares de este tipo de infante y adolescente. Dichos Estados no pueden detener en frontera a estos niños, niñas y adolescentes, ni exigirles documentos que no pueden tener, y deberán dirigirlos a los servicios de protección de menores, y registrarlos en una base de datos, que han de tener (párrs. 81 y 83 OC 21/14). Asimismo, cabe destacar que el concepto de refugiado del sistema interamericano está ampliado por la Declaración de Cartagena (OC 21/14, párr. 37). Como veremos más adelante, El Salvador ha plasmado esa noción de refugiado ampliada en el Decreto número 918 del 22 de agosto de 2002, donde se aprueba la Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas¹⁵³.

¹⁵² La CIDH va más allá que el sistema europeo y recoge en el párrafo núm. 80 de la OC 21/14 una crítica a la definición de refugiado y del derecho a solicitar asilo al disponer que «es necesario reconocer que los elementos de la definición de refugiado fueron tradicionalmente interpretados a partir de las experiencias de personas adultas o mayores de 18 años. Por ende, dado que las niñas y los niños son titulares del derecho a solicitar y recibir asilo y pueden, consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados en calidad propia, se encuentren acompañados o no, debe darse a los elementos de la definición una interpretación que tenga en cuenta las formas particulares en que puede manifestarse la persecución de niñas y niños, tales como el reclutamiento, la trata y la mutilación genital femenina, así como el modo en que éstos pueden experimentar estas situaciones».

¹⁵³ ONU. Acnur, «Definición ampliada de refugiado en América Latina. Incorporación de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en la legislación de los países de la región», en *La protección internacional de Refugiados en las Américas*, Acnur, 2011, pp. 376-377.

Por lo que se refiere a los beneficiarios de protección complementaria u otro tipo de protección humanitaria en el sistema interamericano, debemos decir que esta es una protección que aún no se ha desarrollado en la mayoría de los Estados latinoamericanos, entre ellos El Salvador. Esta protección sería la equivalente a la categoría jurídica europea de menor no acompañado y beneficiario de protección subsidiaria. Lo único que le diferencia, por el momento, con respecto al sistema europeo es la posibilidad de otorgar otra forma de protección humanitaria como son las visas humanitarias¹⁵⁴. Tipología de protección que se ha regulado, por ejemplo, en la Ley de migración de Brasil de 2017, en la LO de movilidad humana de Ecuador de 2017 o en el Código de migración de Guatemala de 2016¹⁵⁵.

También, cabe señalar que, en el sistema interamericano, al contrario de lo que sucede en el sistema europeo, las necesidades de protección internacional de la niñez migrante no acompañada deben ser detectadas por las autoridades del Estado receptor competentes, quienes tendrán que otorgar medidas especiales en caso de ser necesario y quienes deberán determinar el estatuto jurídico aplicable (párrs. 86 y 96 de la OC 21/14)¹⁵⁶. Antes de ello,

¹⁵⁴ En el seno de la UE, el 11 de diciembre de 2018 el Parlamento Europeo adoptó una Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los visados humanitarios (2018/2271[INL]). Los países miembros de la UE deberán habilitar en sus embajadas y consulados la posibilidad de solicitar asilo. La propuesta legislativa encomendada por el Parlamento a la Comisión pretende reducir las muertes, combatir el tráfico y optimizar los fondos para migración. El Parlamento no ha desarrollado aún esta propuesta. Información disponible en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0494_ES.html?redirect [consultado a 5 de mayo de 2019].

¹⁵⁵ ONU. Acnur, Buena práctica 28: protección complementaria y visas humanitarias, p. 2. Disponible en: http://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9304.pdf [consultado a 29 de agosto de 2018].

¹⁵⁶ El párrafo núm. 86 de la OC 21/14 dispone que «al ser una etapa inicial de identificación y evaluación, la Corte considera que el mecanismo procedimental que los Estados adopten, aparte de ofrecer ciertas garantías mínimas, debe tener como meta, acorde a la práctica generalmente seguida, los siguientes objetivos prioritarios básicos: (i) tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma; (ii) determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado; (iii) determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida; (iv) obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y (v) adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información». De acuerdo con el párrafo 96

los Estados se asegurarán de diferenciar quién es un niño, niña y adolescente no acompañado y quién es un niño, niña y adolescente separado. Según la OC 21/14, un niño o niña no acompañado es «una niña o niño que está separado de ambos progenitores y otros parientes y no está al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad» (OC 21/14, párr. 49). Y una niña o niño separado es «una niña o niño separado de ambos progenitores o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede encontrarse acompañado por otros miembros adultos de la familia» (OC 21/14, párr. 49)». La definición interamericana de «no acompañado» y de «separado» es igual a la noción internacionalista de la Observación General número 6 (2005) del Comité de los derechos del niño¹⁵⁷. Aquí de nuevo se establece otra gran diferencia entre el sistema europeo y el interamericano. La OC 21/14 no solo establece el derecho a la protección específica complementaria de la niñez migrante no acompañada, sino también el derecho a su diferenciación de la niñez separada y a la identificación por las autoridades estatales correspondientes del marco jurídico de protección específico que le sería aplicable. Con base en todo lo anterior, consideramos que el sistema interamericano es más próximo al marco jurídico internacional de la ONU que el sistema europeo de la UE. No obstante, cabe destacar que tanto en el sistema europeo como en el interamericano hay una tendencia al desarrollo de los estatutos jurídicos de protección internacional para menores migrantes no acompañados.

La gran divergencia entre ambos sistemas radica en que, en el marco de la OEA, se ha producido una dignificación de la niñez migrante y de su proyecto migratorio, no así en la UE (Beloff, 2004: 79-192). Esto es, se le está reconociendo *de facto* a la niñez migrante la libertad de circulación y residencia. Una libertad que implica el derecho a decidir el lugar donde se desea vivir y desarrollarse, con independencia de la situación migratoria que la legislación estatal le otorgue a este sujeto. Por consiguiente, se estaría limitando implícitamente

el Estado receptor de este tipo de niñez y adolescencia también está obligado a «determinar si la niña o el niño es apátrida, sea refugiado o no, a fin de asegurar su protección como tal y, dependiendo de los motivos de salida del país de residencia habitual, referirlo a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado y/o de apátrida, o a un mecanismo complementario de protección».

¹⁵⁷ ONU. Comité de los derechos del niño, Observación General núm. 6 (2005), *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 2005, párrs. 7 y 8.

la soberanía nacional de los Estados latinoamericanos en materia migratoria, en todo aquello que afecte a niños, algo que no ocurre en el caso europeo. El sistema interamericano estaría empujando jurisprudencialmente a sus Estados miembros a ensanchar sus sistemas estatales de protección infantil y a adaptarlos a los parámetros supranacionales, para dar cabida a la niñez migrante no acompañada y a la separada, cumpliendo con las obligaciones internacionales adquiridas por estos Estados. Y, a la vez, se les estaría exigiendo desarrollar medidas específicas de protección para este tipo de niñez atendiendo a la mayor vulnerabilidad que padecen con respecto a la niñez nacional (OC-21/14 de 19 de agosto de 2014).

3.2.3. Medidas de protección y garantías procesales clave en el proceso migratorio del menor no acompañado

El menor, esté o no acompañado, de acuerdo con el derecho supranacional, debe tener un trato especial y se deben adoptar medidas especiales con independencia de su situación irregular en el Estado parte¹⁵⁸. Estas medidas y garantías procesales específicas para menores no acompañados tienen un relevante desarrollo normativo en el marco de la UE, frente a la escasez de reglas de la OEA. Por este motivo, en este apartado se hace una mayor referencia al sistema comunitario, con algunas puntualizaciones desde el sistema de protección de los derechos humanos del CdE y de la OEA. El objetivo fundamental de esta recopilación de medidas de protección y garantías procesales es hacer visibles las obligaciones regionales de hacer y de no hacer de los Estados miembros con respecto a los menores no acompañados. Baste señalar que las acciones de los Estados, su Administración y autoridades tienen como límite infranqueable los derechos humanos (Llobet Rodríguez, 2012: 241-288). A continuación, pasamos a su exposición.

a) Obligaciones de los Estados y de su guardia de fronteras en la ejecución del control fronterizo

En el marco jurídico de la UE, en el Código de fronteras Schengen, se han regulado las obligaciones de los Estados miembros y de su «guardia de

¹⁵⁸ Consejo de Europa. TEDH. Annual Report. Provisional Version, 2017: 41-44.

fronteras»¹⁵⁹ para la identificación del perfil del menor migrante no acompañado, así como para la protección de este. También en el Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas¹⁶⁰. En estas normas europeas se establecen obligaciones de hacer tanto para los Estados miembros de la UE como para la guardia de fronteras.

Cabe señalar, al respecto, que los Estados miembros están obligados a garantizar que su guardia de fronteras esté constituida por profesionales con formación especializada, para afrontar situaciones que planteen riesgos para personas vulnerables, como son los menores no acompañados y las víctimas de trata de seres humanos (art. 62.2, del RGEFC). Asimismo, los Estados deberán promover que esta guardia de fronteras aprenda los idiomas necesarios para desempeñar sus funciones (art. 16.1, inciso tercero, Código de fronteras Schengen). Los Estados miembros de la UE también están obligados a designar puntos de contacto nacionales, a efectos de consulta, por parte de la guardia de fronteras sobre los menores e informarán al respecto a la Comisión, quien pondrá a disposición de los Estados miembros una lista de estos puntos de contacto nacionales (Anexo VII, puntos 6.4 y 6.5, Código de fronteras Schengen).

La guardia de fronteras está obligada a inspeccionar a los menores, incluidos los no acompañados, de acuerdo con las normas específicas para menores del Anexo VII de este Código (art. 20.1, letra f, Código de fronteras Schengen). En el ejercicio del control fronterizo identificará a los menores no acompañados (art. 3.1, letra a, del RGEFC), y velará por la protección de sus derechos fundamentales (arts. 80.3 y 81, del RGEFC). En concreto, la guardia de fronteras está obligada a prestar una atención especial a los menores, vayan o no acompañados, y someterlos a los mismos controles de entrada y salida que los adultos. Esta atención implica que, si existe un trámite o garantía procesal regulado en la normativa interna de un Estado miembro para detectar las necesidades de protección internacional o la condición de víctima de trata de un migrante adulto en situación irregular, como, por ejemplo, una entrevista

¹⁵⁹ Utilizamos el término «guardia de fronteras» porque así se nombra en varios artículos del Código Schengen, como, por ejemplo, en el Anexo VII, punto 6. Entendemos que en el caso español este término sería sustituido por Policía Nacional y Guardia Civil. Estos son los dos cuerpos con competencia en materia de seguridad y control fronterizo.

¹⁶⁰ DOUE L 295/1, de 14/11/2019.

personal asistido de abogado, se realiza el trámite del mismo modo en el caso de los menores, atendiendo a su especial vulnerabilidad; en el caso de menores acompañados, se ha de comprobar la «patria potestad»¹⁶¹ del acompañante y efectuar una investigación minuciosa para detectar posibles incoherencias o contradicciones en la información suministrada; en el caso de los menores que viajen solos, asegurarse, además, tras una minuciosa inspección de los documentos y justificantes de viaje, que los menores no abandonan el territorio contra la voluntad de las personas que ejercen la patria potestad.

Además, cabe destacar que la entrevista como método de identificación del perfil del menor migrante en frontera es de vital importancia para un menor no acompañado y potencial solicitante de Estado de asilo, puesto que ayudaría a las autoridades estatales responsables en materia de asilo a determinar qué Estado miembro de la UE es responsable en el análisis de la solicitud de asilo (art. 5 Reglamento 604/2013¹⁶², y art. 39.3, letra m, del RGEFC). También, evitaría que se vulnerara el principio internacional de no devolución y de no detención.

¹⁶¹ Utilizamos el término «patria potestad» porque así se denomina en el anexo VII, punto 6.2, del Código de fronteras Schengen.

¹⁶² Art. 5 Reglamento 604/2013: «1. Para facilitar el procedimiento de determinación del Estado miembro responsable, el Estado miembro encargado de la determinación celebrará una entrevista personal con el solicitante. La entrevista también permitirá la correcta comprensión de la información proporcionada al solicitante con arreglo al artículo 4. 2. La entrevista personal podrá omitirse, si: a) el solicitante se ha dado a la fuga, o b) si tras haber recibido la información a la que se refiere el artículo 4, el solicitante ya hubiera proporcionado por otros medios la información necesaria para determinar el Estado miembro responsable. El Estado miembro que omita la entrevista ofrecerá al solicitante la oportunidad de presentar toda la información pertinente adicional para determinar correctamente el Estado miembro responsable, antes de adoptar una decisión para trasladar al solicitante al Estado miembro responsable conforme al artículo 26, apartado 1. 3. La entrevista personal se celebrará en tiempo oportuno y, en todo caso, antes de la adopción de cualquier decisión de traslado del solicitante al Estado miembro responsable conforme al artículo 26, apartado 1. 4. La entrevista personal se celebrará en una lengua que el solicitante comprenda o cuya comprensión se pueda razonablemente presumir y en la que este pueda expresarse. Si fuera necesario, los Estados miembros designarán a un intérprete que pueda asegurar la comunicación entre el solicitante y la persona que dirija la entrevista personal. 5. La entrevista personal se celebrará en condiciones que garanticen la adecuada confidencialidad y será efectuada por una persona cualificada de acuerdo con el derecho nacional. 6. El Estado miembro que lleve a cabo la entrevista personal elaborará un resumen escrito de esta que contendrá al menos la principal información proporcionada por el solicitante en la entrevista. Este resumen podrá adoptar la forma de un informe o de un formulario normalizado. El Estado miembro garantizará que el solicitante y/o el asesor jurídico u otro consejero que represente al solicitante tenga acceso al resumen en el momento oportuno».

b) Prohibición de detención e internamiento

En el marco jurídico de la UE los menores no acompañados solicitantes de asilo son los únicos que tienen derecho a no ser internados en un centro de internamiento de extranjeros, ni en un centro penitenciario. Excepcionalmente se podrán internar, pero nunca junto a adultos (art. 11.3 de la Directiva 2013/33/UE). Los menores no acompañados internados son aquellos a quienes se les deniega la protección internacional, la condición de víctima de trata, y aquellos otros para los que se ha decidido el retorno (arts. 10 y 17 Directiva 2008/115/CE). Esta regulación jurídica de internamiento del menor no acompañado entra en colisión con lo dictaminado jurisprudencialmente en el seno del CdE por el TEDH, y de la OEA, por la CIDH.

Galeano Barralaga y López Ulla coinciden en afirmar que tanto los Estados miembros de la OEA, en el caso de la primera autora, como los Estados miembros del CdE, en el caso del segundo autor, han de otorgar garantías procesales mínimas a los menores extranjeros no acompañados en los procesos de detenciones migratorias. López Ulla y Galeano Barralaga advierten que,

aunque los Estados tienen el derecho innegable a controlar sus fronteras, esta libertad no es absoluta. El límite se encuentra en los compromisos internacionales. El Derecho internacional se debe de respetar. De tal modo que, si la detención de un menor extranjero no acompañado se produce de acuerdo con la legislación interna, pero ignorando lo dispuesto en la CEDH, CADH. (Galeano Barralaga, 2015: 151-172; y López Ulla, 2014: 63-80)

Por ese motivo, consideramos que el Estado debe ajustar su procedimiento de detención y detección del perfil de los menores no acompañados a los parámetros internacionales incorporando las garantías procesales adecuadas. Las garantías procesales de los menores no acompañados en el procedimiento de detención del menor han sido desarrolladas reinterpretando el derecho al debido proceso y a la prohibición de la tortura (arts. 3 y 6 CEDH, y art. 8 CADH). En ese sentido, debemos señalar que el TEDH se ha referido a la prohibición de la tortura del artículo 3 CEDH y ha dictaminado que es un trato inhumano y degradante el internamiento de estos niños con adultos en centros de internamiento de extranjeros. Los menores han de ser ingresados en centros de menores atendiendo a la especial vulnerabilidad que presenten. Sobre el concepto de vulnerabilidad jurisprudencial, profundizaremos en el siguiente capítulo. Aquí solo mencionaremos, a modo de ejemplo, el caso

S. F. y otros contra Bulgaria, Khalaifia en Italia, y Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar contra Malta¹⁶³.

¿En qué se diferencia este discurso del CdE y de la OEA con el discurso prevalente en la UE? Como ya hemos advertido anteriormente, a través de la Directiva 2008/115/CE se estaría permitiendo el internamiento de menores, acompañados y no acompañados. Esta norma europea estaría forzando a los Estados miembros a que traten a los menores no acompañados en situación irregular como infractores, y no como lo que son, niños desamparados. Una retórica que es reproducida desde instancias de poder político europeo como es la Comisión. Prueba de ello, es la Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en la que se alecciona a los Estados miembros de la UE sobre su deber de hacer efectivo el retorno de estos menores a su país de origen o a un tercer Estado¹⁶⁴.

Una retórica jurídico-política deshumanizadora de la niñez migrante que ha sido contradicha, como hemos visto, por el sistema del CdE y de la OEA. O'Donnell y Kanics advierten que la aplicación de la Directiva 2008/115/CE

¹⁶³ En relación al internamiento de niños véanse art. 11 de la Directiva sobre normas de acogida (2013/33/UE); art. 17 de la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales (2008/115/CE); y las correlativas sentencias del TEDH: TEDH, Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica, núm. 13178/03 (internamiento con vistas a expulsión), TEDH, Popov contra Francia, núm. 39472/07 y 39474/07 (internamiento con vistas a expulsión), y TEDH, Kanagaratnam contra Bélgica, núm. 15297/09 (internamiento con vistas a expulsión). Y en relación con la expulsión de niños, véase Preámbulo (considerando 24, arts. 7, 12, 13, y 28.3 b) de la Directiva sobre libre circulación y residencia (2004/38/CE), y TEDH, Gül contra Suiza, núm. 23218/94, 1996 (deportación de una familia); TEDH, Boulouf contra Suiza, núm. 54273/00, 2001 (deportación de niños); y TEDH, Tarakhel contra Suiza [GS], núm. 29217/12, 2014 (deportación de niños).

¹⁶⁴ En el Considerando núm. 22 dispone: «el retorno de un menor no acompañado al tercer país de origen y la reunificación familiar pueden redundar en el interés superior del menor. La prohibición de expedir decisiones de retorno de los menores no acompañados, que existe en las legislaciones nacionales de varios Estados miembros, no da pleno efecto a la obligación de los Estados miembros de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño y de prestar atención a las circunstancias de cada caso. Tales prohibiciones pueden provocar consecuencias imprevistas para la inmigración ilegal, al incitar a menores no acompañados a que emprendan peligrosos viajes para llegar a la UE». Y continúa señalando «los Estados miembros no deben impedir en su legislación nacional la posibilidad de internar a menores, cuando sea estrictamente necesario para ejecutar una decisión de retorno firme en la medida en que los Estados miembros no puedan aplicar con eficacia medidas menos coercitivas a fin de garantizar un retorno efectivo» (DOUE L 66/15, de 11/03/2017).

empuja a los menores no acompañados a una situación de grave vulnerabilidad frente al resto de menores privados de cuidados parentales (O'Donnell y Kanics, 2016: 73-75). Una vulnerabilidad no originaria, sino gestada por el propio sistema jurídico y político europeo, al ignorar la condición de niño de estos sujetos y la diversidad humana que encierra la inmigración.

El retorno de los menores no acompañados ejercida por los Estados receptores de niñez migrante ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, señalándose que el retorno de los menores no acompañados no está previsto en el artículo 20 de la CDN. Este tipo de prácticas nos están acercando desgraciadamente hacia la categoría jurídica estadounidense de «Unaccompanied alien children», en la que prevalece el ejercicio del control de flujos migratorios sobre los derechos humanos reconocidos a los menores inmigrantes en las normas internacionales. La política estadounidense no regula, por ejemplo, qué ocurre con aquellos menores que no pueden ser repatriados, o qué sucede con aquellos otros a los que se les otorga asilo cuando transitan hacia la adultez (Durán Ruiz, 2011: 10-19). Esta laguna legal hace recaer sobre cada Estado y cada Administración la regulación de los menores no acompañados y ex tutelados¹⁶⁵.

A esta crítica de la Directiva 2008/115/CE se ha sumado el Comité Jurídico Interamericano y la doctrina latinoamericana. Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, miembro del Comité Jurídico Interamericano, indica que la Directiva europea de retorno es incongruente con los instrumentos internacionales en materia de respeto y tutela de los derechos humanos, en especial de la niñez y adolescencia migrante por su especial vulnerabilidad (Villalta Vizcarra, 2014: 42; y 2010: 305-326). Puntualiza que los Estados, a pesar de tener competencia exclusiva en política migratoria o compartida con instituciones regionales (como es en el caso de la UE), están sometidos al derecho internacional. Esto es, rige la supremacía del derecho internacional, incluidos sus principios generales. Por consiguiente, una directiva, o cualquier otra norma, no puede

¹⁶⁵ En el ámbito europeo hay recomendaciones (no son obligaciones) a los Estados miembros para que adopten políticas públicas dirigidas al tránsito a la adultez de menores extranjeros no acompañados. Unas medidas que se llevarían a cabo entre las edades de 18 y 25 años. En esta etapa del desarrollo humano de estas personas los Estados deberían adoptar políticas públicas dirigidas a asegurar la asistencia sanitaria, la educación, el acceso a la información en los trámites administrativos importantes, la extensión del derecho a la vivienda hasta que una solución sea encontrada, y medidas para asegurar un entrenamiento específico realizado por trabajadores sociales (Asamblea Parlamentaria, «Migrant children: what rights at 18?», Report, 23 April 2014).

vulnerar principios generales del derecho internacional y ser utilizada para violar derechos humanos de las personas migrantes, aunque éstas estén indocumentadas y hayan accedido de manera irregular al territorio del Estado. En ese mismo sentido, se pronunció el propio Comité Jurídico Interamericano, en su Resolución CJI/RES 150 (LXXIII-0/08) de 8 de agosto de 2008, señalando que en la Directiva europea de retorno

no se estaría resguardando la garantía procesal del derecho al debido proceso de los migrantes sujetos a expulsión; los mecanismos de internamiento van en contra de los principios de Derecho internacional; se está brindando una inadecuada protección a migrantes en condiciones vulnerables como son los niños, niñas y adolescentes, dando lugar a situaciones que afectan a la unidad familiar; la detención en centros de naturaleza penal, afecta a garantías básicas de los inmigrantes al equiparlos a personas acusadas o condenadas por delitos; resguarda insuficientemente compromisos sobre asilo y refugio; implica medidas de internamiento que no guardan la debida proporción con la situación de los migrantes ni con instrumentos internacionales de derechos humanos; la prohibición de entrada se presta a la aplicación arbitraria e inflexible tendiendo a estigmatizar a las personas expulsadas equiparándolas a delincuentes y abriendo las puertas para negarles el ejercicio futuro de derechos esenciales, como el derecho de asilo o el de reagrupamiento familiar¹⁶⁶.

Gracias al anterior razonamiento doctrinal y jurisprudencial del sistema interamericano, hoy en día, no existe una clasificación jurídica de menores no acompañados en Latinoamérica, sino un marco jurídico mínimo de derechos humanos que deben ser respetados en los procesos migratorios en los que se vean envueltos los menores. Los órganos interamericanos, en especial la CIDH, solo conservan la función de velar por la tutela de los derechos humanos en sus Estados miembros y la de interpretar el derecho regional acorde con el marco jurídico internacional de derechos humanos. En nuestra opinión, esta evolución hace posible el reconocimiento de la niñez migrante no acompañada, como una niñez con derechos humanos cuya protección universal corresponde a los Estados miembros de la OEA.

¹⁶⁶ OEA. Comité Jurídico Interamericano, «Opinión del Comité Jurídico Interamericano sobre la Directiva de Retorno aprobada por el Parlamento de la Unión Europea, CJI/RES.150 (LXXIII-0/08)», en *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General*, 2008, pp. 209-212.

c) Prohibición de pruebas de determinación de edad inexactas, invasivas y traumáticas

Esta es una garantía procesal que solo ha sido desarrollada por el CdE, quién se ha pronunciado sobre la prohibición de la realización de pruebas de determinación de la edad inexactas, invasivas y traumáticas como garantía procesal que vele por la salud e integridad del menor. También se ha denunciado que los Estados europeos utilicen las pruebas de determinación de edad como una herramienta para regular los flujos migratorios, y no para promover el tratamiento justo de los niños vulnerables (López Ulla, 2013a: 481-497). Y, además, ha propuesto la creación de un modelo común europeo de evaluación sobre la edad de los jóvenes inmigrantes que sustituya a las pruebas médicas inexactas y potencialmente traumáticas realizadas hasta ahora por los Estados parte. Un modelo que ha de ser compatible con las normas de derechos humanos del propio CdE. La realización de este modelo común ha sido encargada al «Comité ad hoc para los derechos del niño» (CAHENF). En el primer semestre del presente año 2019 se enviará el borrador de procedimiento común de determinación de la edad al Comité de Ministros para su adopción¹⁶⁷.

Por el contrario, en el marco jurídico de la UE y de la OEA existe un vacío legal en torno al procedimiento que los Estados deberían llevar a cabo para determinar la edad de un menor no acompañado (López Ulla, 2013b: 1061-1090). Esto es, en el marco jurídico de la UE existe un vacío legal en torno a qué medios, a la hora de realizar las pruebas de determinación de la edad del menor no acompañado, son menos invasivos para su salud e integridad; cuáles de esos medios son los más adecuados para el menor de acuerdo con su raza o etnia específica; la presunción de minoría de edad; y la invalidez de un documento internacional de un tercer Estado, como es un pasaporte, en el que se acredite la nacionalidad y la edad exacta del sujeto. Todo lo anterior conduce a que estas lagunas legales regionales sean cubiertas por la normativa interna de cada Estado, pudiendo existir enormes contradicciones entre lo establecido por uno u otro Estado miembro.

¹⁶⁷ El 6 de julio del 2018 el Comité de Ministros ha contestado a la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria núm. 2117 encomendando a la Comisión *ad hoc* de los derechos del niño la elaboración de un borrador sobre las líneas que han de seguirse en la determinación de la edad de los niños inmigrantes no acompañados. Un borrador que recibirá el propio Comité de Ministros el primer semestre del 2019 para su adopción por los Estados parte del Consejo de Europa. Información disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileId=24274> [consultado a 23 de septiembre de 2018].

En nuestra opinión, la falta de armonización regional en Europa y Latinoamérica, respecto al procedimiento de determinación de la edad, sitúa a los menores no acompañados en una posición de vulnerabilidad, que genera indefensión e inseguridad jurídica, al carecer de un procedimiento garantista del debido proceso y de sus derechos humanos. Garantías procesales claves para poder identificar el perfil del menor y no incumplir con el principio de protección de la infancia, de no detención, y de no devolución.

d) Tutela, representación y representación legal

Antes de adentrarnos en las normas europeas que recogen el derecho a la tutela, representación y representación legal del menor migrante no acompañado, debemos realizar una breve aclaración sobre las normas de derecho internacional privado de la UE que regulan la competencia para la adopción de medidas de protección o representación de este menor desde su llegada. Nos referimos al Reglamento número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹⁶⁸, y al Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y la sustracción internacional de menores (versión refundición), aplicable a partir del 1 de agosto de 2022¹⁶⁹. Las autoridades de los Estados miembros son competentes para adoptar medidas de protección o representación del menor migrante no acompañado en virtud del «foro de la presencia del menor», cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor (art. 13.1 Reglamento 2201/2003). Este foro se hace extensible a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país (art. 13.2 Reglamento 2201/2003) (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2018: 443). Aun en el «hipotético supuesto»¹⁷⁰ de que se conociera la residencia, y esta no estuviera en la de un Estado miembro de

¹⁶⁸ DOCE L 338, de 23/12/2003.

¹⁶⁹ DOUE L 178, de 2/07/2019.

¹⁷⁰ Se trata de un hipotético supuesto, porque en la mayoría de las ocasiones los menores no acompañados llegan solos e indocumentados. Por consiguiente, se desconoce el país de residencia habitual del menor. Aun en el caso de que estos menores llegasen documentados, usualmente, estos proceden de un país no miembro de la UE. Por ese motivo, las autoridades españolas siguen siendo competentes para adoptar las medidas de protección, pero, esta vez, en virtud del foro de competencia de los arts. 6 y 11.1 CH de 1996.

la UE, las autoridades españolas seguirían siendo competentes, conforme a lo dispuesto en los artículos 6.1 y 11.1 Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (La Conferencia de La Haya, 2014: 41; y Gatzsche, 2019: 340-349). Las autoridades españolas solo dejarían de ser competentes en el supuesto de que se conociera la residencia del menor no acompañado y esta estuviera en un Estado miembro de la UE. En tal caso serían competentes las autoridades de aquel Estado miembro donde se halle la residencia (art. 8 Reglamento 2201/2003).

Respecto a la ley aplicable a estas medidas de protección, aunque la UE no ha elaborado una norma al respecto, sí ha permitido a los Estados miembros incorporarse al mencionado Convenio¹⁷¹. A su tenor, cualquier medida concerniente a la protección y/o representación del menor migrante no acompañado desde su llegada hasta que se produce el cambio de residencia habitual se rige por la *lex fori* (art. 15.1 CH 1996)¹⁷².

Una vez realizada la breve aclaración sobre el derecho internacional privado aplicable a los menores migrantes no acompañados, nos adentramos en las normas de la UE donde se contemplan la tutela, representación y representación legal/especial de los menores no acompañados. Tres medidas alternativas de cuidado distintas al cuidado parental que la normativa europea ha regulado específicamente para la protección de estos menores¹⁷³. Normas que pueden suponer una incipiente regulación sustantiva, generadora de normas de derecho internacional privado en la materia. Cabe advertir que el legislador europeo las utiliza indistintamente. Por esta razón, debemos realizar una clara distinción entre una medida y otra. Comenzaremos por el concepto de tutor y sus funciones. Para su definición nos acogemos a lo dispuesto por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (Fra):

el tutor tiene tres cometidos o funciones: ejercer la representación legal y complementar la limitada capacidad jurídica del menor, garantizar la seguridad y el bienestar del menor, proteger el interés superior del menor. El

¹⁷¹ Decisión del Consejo 2008/431/CE de 5 de junio de 2008. DO núm. L151, de 11 de junio de 2008. En vigor para España desde 2010. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

¹⁷² Como regla general, los tribunales y demás autoridades que resulten internacionalmente competentes con arreglo a los foros de competencia aplican siempre su propia normativa jurídica sustantiva en lo relativo a las medidas de protección de menores y representación (Carrascosa González, 2018: 486-488).

¹⁷³ Las figuras del tutor, representante, y representante legal vienen mencionadas en los arts. 2 k y 6.2 del Reglamento Dublín III; arts. 2 j y 24.1 Directiva 2013/33/UE; arts. 2 n, 7.3, 7.5 b, y 25 Directiva 2013/32/UE; art. 16.1 Directiva 2001/55/CE; art. 31 Directiva 2011/95/UE; art. 10 c Directiva 2004/81/CE; y arts. 14.2, 15, y 16 Directiva 2011/36/UE.

tutor se diferencia de un abogado cualificado y de otros profesionales del Derecho, así como también de los trabajadores sociales y de otros cuidadores responsables. La responsabilidad de la representación legal del menor, en particular en el marco de procedimientos judiciales o administrativos, puede disociarse de las otras dos funciones de tutela. En este caso, dicha responsabilidad se asigna en exclusiva a una persona o institución independiente, comúnmente conocida como *representante legal o representante*.

Los representantes, a diferencia de los tutores, tienen un mandato restringido, que a menudo se define con precisión en el momento del nombramiento. Entre sus funciones está representar al menor en determinados procedimientos. (2015: 15-18)

Entre los procedimientos específicos, en los que se prevén la asignación de un representante y representante legal, están el de acceso al asilo y el de acceso a la condición de víctima de trata. Lo anterior nos conduce a precisar qué se entiende por representante, quién puede representar a los menores no acompañados, quién no puede hacerlo, qué obligaciones tiene, cuándo le corresponde la representación, de qué tipo, y en qué se diferencia la figura del representante del representante legal. Para responder a estas preguntas, distinguiremos, atendiendo a la categoría jurídica de menor no acompañado, entre solicitante de asilo, beneficiario de protección temporal, beneficiario de protección internacional, beneficiario de protección subsidiaria y víctima de trata.

En el caso de los menores no acompañados beneficiarios de protección temporal, podrá ser su representante el tutor legal, la organización encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad, u otro tipo adecuado de representación (art. 16.1 Directiva 2001/55/CE). No se especifica nada más en torno a la figura del representante.

Los menores no acompañados solicitantes de asilo podrán ser representados por una persona u organización designada por las autoridades competentes para asistir y representar al menor en los procedimientos previstos en el Reglamento 604/2013 y en la Directiva 2013/33/UE¹⁷⁴. No podrán representarlo

¹⁷⁴ En la Directiva del año 2003 a la que sustituye esta del año 2013 aparecía quién podía ser el representante: tutor legal; organización encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad; y otro tipo adecuado de representación. Esta concepción amplia sobre quién puede ser el representante desaparece en la Directiva 2013/33/UE. Sin embargo, introduce la posibilidad de poder cambiar de representante, dispone quién no puede representarlo, y las obligaciones del representante con respecto a este menor.

las organizaciones o personas cuyos intereses entren en conflicto con los intereses del menor no acompañado. El representante del menor no acompañado en este caso está obligado a lo siguiente: ayudarlo a disfrutar de los derechos recogidos en estas dos normas europeas; suplirlo en sus obligaciones; ejercer la capacidad jurídica en nombre del menor cuando fuere necesario; asistir y representar al menor; garantizar el interés superior del menor, y tener la formación adecuada¹⁷⁵, así como seguir recibiendo la formación adecuada para tratar con el menor no acompañado (arts. 2 j, 24.1 Directiva 2013/33/UE; y arts. 2 k y 6 Reglamento 604/2013).

Los menores no acompañados beneficiarios de protección internacional (beneficiarios de protección subsidiaria y refugiados), de acuerdo con el artículo 31.1 Directiva 2011/95/UE y artículos 2 n y 25, apdo. 1 y 2, Directiva 2013/32/UE, podrán ser representados por un tutor legal, una organización encargada del cuidado y bienestar del menor, otro tipo de representación adecuada (incluida la que fijen las disposiciones legales o una resolución judicial), y la persona u organización designada por las autoridades competentes para asistir y representar al menor en los procedimientos previstos en la Directiva 2013/32/UE. No se nombra representante cuando el menor no acompañado vaya a cumplir la mayoría de edad antes de que se adopte una decisión en primera instancia. Esto afectaría a los menores de 17 años, quienes son los más vulnerables. No podrán representar al menor las organizaciones o personas cuyos intereses entren en conflicto o pudieran entrar en conflicto con los intereses del menor. Este representante tiene las siguientes obligaciones: presentar la solicitud de protección internacional en nombre del menor; actuar en nombre del menor y asistirlo para el disfrute de sus derechos y cumplimiento de obligaciones; garantizar el interés superior del menor; ejercer la capacidad jurídica en nombre del menor cuando fuere necesario; informar al menor sobre el significado de la entrevista personal, posibles consecuencias, y ayudarlo a prepararla; estar presente en la entrevista personal él y/o un asesor jurídico facultado o autorizado para ejercer, y tener la formación adecuada y seguir recibiendo la formación adecuada para tratar con el menor no acompañado.

Aquí debemos señalar que la representación del menor no acompañado y refugiado pretende ser desmantelada por el Reglamento de Du-

¹⁷⁵ Esta es una obligación que le corresponde a todo el personal que trate con menores no acompañados.

blín IV¹⁷⁶ (aún pendiente de aprobación), para el supuesto en el que este menor no se encuentre en el Estado miembro donde está obligado a estar presente. Esta modificación permite devolverlos al primer país en el que se inició la solicitud de asilo, cuando el menor no demuestre que tiene familia en otro Estado miembro¹⁷⁷. Consideramos que al trasladar la obligación de localizar a su familia al Estado parte de la CDN, se estaría incumpliendo el artículo 9 de la CDH, el cual establece la única obligación internacional de los Estados de ayudar al niño a localizar a su familia. En el Reglamento de Dublín IV se estaría afectando no solo el derecho a la representación, sino también el derecho a ser oído y a la apelación, e, incluso, el derecho a la reagrupación familiar del menor no acompañado y refugiado.

En cuanto a los menores no acompañados y víctimas de trata, estos solo tendrán derecho a la representación en el caso de que el Estado miembro en el que se halle decida aplicar la Directiva 2004/81/CE a los y las menores víctimas de trata. Podrá ser representante del menor no acompañado el tutor o representante legal. Su obligación será representar los intereses del menor supliendo la capacidad jurídica de este y ejerciendo la representación del menor en el proceso penal (art. 10 c Directiva 2004/81/CE; y Considerando número 23, art. 16, apdos. 3 y 4, Directiva 2011/36/UE).

Y, por último, para el caso de los menores no acompañados irregulares no se ha previsto ningún tipo de representación en la Directiva 2008/115/CE.

Como se ha podido comprobar, la definición europea de tutor, representante y representante legal apenas se ha desarrollado, y resulta curioso que antes de su desarrollo se desee dismantelar. Además, su regulación resulta confusa, pues no se puede diferenciar con claridad una figura de otra. No obstante,

¹⁷⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), Brussels, 4.5.2016 (COM 2016 270 final 2016/0133). Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-270-EN-F1-1.PDF> [consultado a 29 de julio de 2018].

¹⁷⁷ Consejo de Abogacía Europea, *Comentarios de CCBE sobre la propuesta de la Comisión sobre el Reglamento por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido)*, 2016, pp. 10 y 11. Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/04/Comentarios-de-CCBE-sobre-la-propuesta-de-la-Comision-sobre-el-Reglamento-por-el-que-se-establecen-los-criterios-y-mecanismos-de-determinacion-del-Estado-miembro-1.pdf> [consultado a 29 de julio de 2018].

Requejo Isidro sostiene que el representante mencionado no es equiparable a la figura del tutor, puesto que el representante no cubre todos los aspectos de la vida y desarrollo del menor y el tutor sí (Requejo Isidro, 2017: 488). Asimismo, cabe advertir que la tutela, representación y representación legal que hemos visto en el marco europeo son medidas de protección y alternativas de cuidado que son definidas por los propios Estados miembros de la UE a través de su normativa interna de protección infantil. Unos Estados que, a pesar de contar con un sistema que ofrece protección a los menores privados de cuidados parentales, se manifiestan insuficientes para cubrir las necesidades específicas de cada una de las categorías jurídicas de los menores no acompañados¹⁷⁸.

Katrien de Graeve sostiene que, a pesar de ser insuficientes e imperfectas las medidas de cuidado alternativo, encierran un gran potencial para contribuir a la creación del sentimiento de pertenencia con la sociedad de acogida.

Desde aquí advertimos que la integración del menor no acompañado, ya residente legal, ha sido una cuestión polémica, que ha conducido a la creación de dos tipos de sistemas de protección dentro, incluso, de los propios Estados. Por una parte, están los sistemas que utilizan de forma retórica los principios de interés superior del menor, igualdad de trato, igualdad de derechos y estandarización del menor no acompañado. Lo que pretenden es facilitar el retorno del menor a su país de origen o a un tercer Estado y mantenerlo separado de la sociedad de acogida. Y, por otra parte, están aquellos que dudan entre fomentar la integración del menor no acompañado en la sociedad de acogida o mantenerlo separado. Nosotros defendemos un sistema de cuidados alternativos más justo para los menores no acompañados, como medida esencial para la integración; al tiempo que políticas migratorias humanitarias e inclusivas, a fin

¹⁷⁸ «Algunos Estados miembros han establecido un sistema independiente de tutela para los menores no acompañados que solo tienen derecho provisional de permanencia en el territorio del Estado miembro o que directamente no tienen derecho de permanencia de ningún tipo. Por el contrario, ninguno de los Estados miembros de la UE ha desarrollado un sistema de tutela independiente dirigido exclusivamente a los y las menores víctimas de la trata de seres humanos. En principio, incluso en los Estados miembros en donde existe un sistema de tutela separado para los menores no acompañados, la tutela de las víctimas infantiles de la trata de seres humanos entra en el ámbito de las disposiciones generales de tutela establecidas en el derecho civil o de familia, independientemente de la situación migratoria o residencial del o la menor víctima. No obstante, las disposiciones sobre migración y asilo se aplican a los y las menores víctimas que son nacionales de terceros países, siempre que no estén formalmente identificados como víctimas de la trata de seres humanos por las autoridades competentes». UE, Fra, 2018.

de respetar todo lo desarrollado por el derecho internacional. Estas afirmaciones no nos deben hacer olvidar que una pieza fundamental en la protección es la figura del tutor, al ser quien asume el rol parental, y la figura del representante, para ocasiones especiales (De Graeve, 2015: 71-88).

e) Reagrupación familiar en un Estado miembro

Esta medida de protección del menor no acompañado surge en el marco jurídico de asilo europeo y se ha previsto exclusivamente para los menores no acompañados refugiados (art. 10.3, letra a, Directiva 2003/86/CE) y para los menores no acompañados solicitantes de asilo (art. 8 Reglamento 604/2013).

En cuanto a la noción de reagrupación familiar de los menores no acompañados refugiados, nos adherimos a Encarnación La Spina que la define como un derecho de reunión con el residente en un país del que no es nacional, de los miembros más próximos de su familia, residentes en un tercer país, en condiciones más favorables que los demás extranjeros. Este concepto se distingue del de unidad familiar (art. 8 CEDH, y art. 17 CADH) (Comisión interamericana de derechos humanos, 2013: 9-65). La unidad familiar no engloba a la reagrupación familiar, sino que se refiere a las injerencias que producen separación de un núcleo familiar ya en destino (La Spina, 2017: 163-186). Aquí estamos en el caso contrario, la separación familiar se produjo en origen y en destino se pretende la reunión familiar. La Directiva 2003/86/CE es el principal instrumento de la UE con relación a la reunificación familiar de extranjeros y refugiados, y en especial, de menores no acompañados refugiados en el territorio de los Estados miembros. Es una norma de mínimos en la que se plasman las primeras negociaciones para la creación del sistema europeo común de asilo (SECA). En esta norma se vuelve a plasmar la familia nuclear tradicional, donde el menor adquiere un papel secundario. Por regla general, el menor proviene de un tercer Estado y entra de manera legal con efecto de ser reagrupado por un adulto extranjero residente en un Estado miembro, lo que impide que el menor extranjero no puede ser reagrupante (Segoviano Revilla, 2014: 37-41). La única excepción a esa regla está en el caso del menor extranjero no acompañado y refugiado, quien sí es sujeto titular del derecho a la reagrupación familiar. Los Estados miembros de la UE están obligados a autorizar la entrada y residencia, con fines de reagrupación familiar, a los ascendientes en línea directa y en primer grado, de los menores extranjeros no acompañados y refugiados (art. 10.3, letra a, Directiva 2003/86/CE). En el caso de que el menor no tenga estos ascendientes o no se localicen, de acuerdo

con el artículo 10.3, letra b, Directiva 2003/86/CE, el Estado miembro de la UE donde reside este menor voluntariamente podrá autorizar la entrada y residencia, con fines de reagrupación familiar, de su tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia (Benito Otazu, 2017: 51-71).

En cuanto se refiere a los menores no acompañados solicitantes de asilo, el concepto de reagrupación familiar varía. En este caso, se trasladaría al menor no acompañado de un Estado miembro a otro Estado miembro donde residen legalmente miembros de la familia (cónyuge del solicitante o la pareja de hecho, hijos menores, padre, madre u otro adulto responsable)¹⁷⁹, un hermano del menor o un pariente (tíos adultos o abuelos)¹⁸⁰ (art. 8 Reglamento 604/2013). Como podemos observar el concepto de «familia» es más amplio en el caso de los menores no acompañados solicitantes de asilo que en el supuesto de los menores no acompañados refugiados (Lapiedra Alcamí, 2015: 234-240). La restricción se aplica a estos segundos frente a los primeros, porque se trataría de permitir la entrada a adultos extranjeros que provienen de un tercer país con efectos de reunirse con el menor en un Estado miembro de la UE donde reside. No obstante, el eje trasversal para la interpretación de esta medida de protección es el interés superior del menor (Requejo Isidro, 2017: 490).

Con respecto al traslado del menor no acompañado solicitante de asilo de un Estado miembro de la UE a otro donde se encuentran sus familiares, debemos realizar la siguiente crítica: en el Código Schengen no se dice nada

¹⁷⁹ Art. 2 g Reglamento: 604/2013 «A efectos del presente Reglamento se entenderá por «miembros de la familia»: siempre que la familia ya existiera en el país de origen, los siguientes miembros de la familia del solicitante que estén presentes en el territorio de los Estados miembros: el cónyuge del solicitante o la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable, si el derecho o la práctica del estado miembro de que se trate otorgan a las parejas no casadas un trato comparable al de las casadas con arreglo a su normativa sobre los nacionales de terceros países; los hijos menores de las parejas mencionadas en el primer guion o del solicitante, siempre que no estén casados y sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos de conformidad con el derecho nacional; cuando el solicitante sea un menor no casado, el padre, la madre u otro adulto responsable de él según el derecho o la práctica del estado miembro en el que esté presente el adulto; cuando el beneficiario de protección internacional es un menor no casado, el padre, la madre u otro adulto responsable de él según el derecho o la práctica del Estado miembro en el que esté presente el beneficiario».

¹⁸⁰ Art. 2 h Reglamento 604/2013: «A efectos del presente Reglamento se entenderá por h) «parientes»: los tíos adultos o los abuelos del solicitante que estén presentes en el territorio del Estado miembro, con independencia de que el solicitante sea hijo matrimonial, extramatrimonial o adoptivo de conformidad con el derecho nacional».

sobre si el primer Estado está obligado o no a conceder al menor no acompañado solicitante de asilo e indocumentado un visado humanitario o documento de viaje antes de efectuarse el traslado, para así evitar que este menor, en caso de fuga del centro de protección de menores donde se encuentre, quede en riesgo de ser víctima de redes de trata de personas por el hecho de circular y permanecer en territorio europeo indocumentado por un largo período de tiempo. Tal vez, debería regularse en el ámbito regional la obligación del Estado responsable de documentar provisionalmente al menor como una medida de protección provisional. Este vacío jurídico desplaza al ámbito interno de los Estados la decisión sobre la documentación provisional o no del menor mientras se decide sobre su permanencia en el país receptor, retorno al país de origen o a un tercer Estado, o traslado a otro Estado miembro de la UE. Consideramos que este vacío jurídico le genera una vulnerabilidad al menor migrante no acompañado solicitante de asilo. En nuestra opinión, debería regularse en el ámbito jurídico europeo como medida de protección preventiva y provisional la documentación obligatoria de estos menores que son interceptados en un Estado miembro de la UE y son trasladados a otro Estado miembro. Una medida de protección que entendemos que debería ser extensible al resto de los menores migrantes no acompañados hasta que se les concede la permanencia y, por consiguiente, se les provee de autorización de residencia, o hasta que sean retornados a su país de origen o a un tercer Estado.

Por último, cabe advertir que, a pesar de que la normativa europea reconozca como sujeto titular del derecho a la reagrupación familiar en el país de acogida al MENA y refugiado, algunos Estados miembros de la UE como España no están reconociendo en su normativa interna el derecho a la reagrupación a los menores no acompañados y refugiados. La Spina argumenta que hay una excesiva literalidad y rigor en la aplicación de la normativa interna de extranjería de los Estados miembros de la UE respecto a la esfera familiar de los inmigrantes y residentes legales.

La reagrupación familiar es contemplada como un mecanismo de entrada legal sujeta a la soberanía del Estado. Por este motivo, los requisitos administrativos para su ejercicio no son flexibles ni atienden a las circunstancias internas y externas del sujeto que ejerce este derecho (La Spina, 2013: 145). Esto mismo que ocurre con la legislación interna de los Estados miembros de la UE y sucede también con los Estados parte de la OEA (OEA. CIDH, OC-1-03, párrs. 71-77, y OC-21/14, párrs. 264-282). Más adelante, profundizaremos sobre este aspecto. Por ahora, nos interesa resaltar que el Consejo

de Europa se ha percatado de la falta de coherencia entre el derecho de la UE y la legislación interna. En concreto, ha sido bastante crítico respecto a los impedimentos jurídicos que los Estados europeos imponen a los menores migrantes no acompañados y refugiados para el ejercicio de su derecho a la reagrupación familiar. Además, ha instado a los Estados miembros a interpretar el derecho a la reunificación familiar de una forma flexible y expansiva utilizando criterios culturalmente sensibles y que atiendan a la situación específica del refugiado.

El Consejo de Europa propone una interpretación doble del derecho a la reagrupación familiar del menor extranjero no acompañado y refugiado. La primera posibilidad sería que el Estado competente en otorgar el estatus de refugiado al menor no acompañado sea el Estado donde resida legalmente un familiar del menor. Y la segunda posibilidad sería que, en el caso de que el menor no acompañado no tenga familia en ningún Estado miembro, el competente para otorgar la residencia al menor sea el primer Estado en el que presenta la solicitud. Estado que será, a su vez, quien deba otorgar la residencia a los familiares del menor no acompañado por reagrupación familiar (Consejo de Europa, 2017). Hasta ahora, la regla general que se ha estado aplicando a todos los menores no acompañados, indistintamente de su estatus jurídico, es la de que el interés superior es permanecer en el seno de su familia biológica en el país de origen¹⁸¹, produciéndose la reunificación familiar fuera de las fronteras del Estado de acogida.

Una práctica habitual con respecto a los menores no acompañados y refugiados en todos los Estados, y que fue denunciada por el propio Comité de los derechos del niño en su Observación General número 6 (párr. 82-83), donde realiza una interpretación del interés superior del niño refugiado y del resto de niños no acompañados. Aquí el Comité destaca que el interés superior de un niño refugiado no acompañado no está en retornar a su país de origen y ser reunificado con su familia allí, sino en ser reunificado en el país de acogida. Es más, el interés superior de un niño no acompañado, aunque no sea refugiado, tampoco estará en ser retornado a su país de origen o procedencia cuando exista un «riesgo razonable» de que se produzca una violación de sus derechos fundamentales en el Estado de origen. Tampoco cuando pudiera

¹⁸¹ ONU. Comité de los derechos del niño, Observación General núm. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1), 2013.

verse afectado por los efectos indiscriminados de una «violencia generalizada» en su país de origen¹⁸².

En la Europa de la UE, el principal inconveniente para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar del menor no acompañado y refugiado está en la falta de desarrollo de este concepto. Esta indefinición ha sido aprovechada por los Estados miembros de la UE para realizar interpretaciones múltiples y dispares. Lo que ha llevado al propio TJUE a pronunciarse sobre el derecho a la reagrupación familiar del menor extranjero no acompañado y refugiado, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, sala segunda, de 12 de abril de 2018 en el asunto C-550/16¹⁸³.

La relevancia de esta STJUE radica en considerar menor a un sujeto que transita a la mayoría de edad mientras le tramitan su solicitud de asilo, una solicitud que realizó siendo aún menor de edad. La sentencia establece que el ejercicio del derecho a la reunificación familiar debe retrotraerse al momento de la solicitud de asilo, siendo los requisitos para reunir los establecidos para un menor no acompañado, y no los dispuestos para un mayor de edad refugiado. Esto significa que puede conservar el estatus de minoría de edad, a pesar de ser ya mayor de edad, a los efectos de reagrupar con él a sus padres en los Países Bajos, país de acogida, sin que tenga que acreditar trabajo y medios económicos suficientes para poder reagruparlos. Unos requisitos económicos que sí se exigen a los mayores de edad y refugiados para reagrupar a sus familiares.

El concepto de «reagrupación familiar» no solo ha sido interpretado por el TJUE en referencia a los MENA y refugiados, sino también en el caso de los menores extranjeros bajo tutela legal permanente con arreglo al régimen de la *kafala*¹⁸⁴ argelina en la sentencia de 26 de marzo de 2019 (asunto C-129/18)¹⁸⁵. Hacemos referencia a este asunto porque revela cómo la legislación estatal de inmigración de los Estados miembros de la UE no se ajusta a las necesidades de protección de los menores extranjeros, en es-

¹⁸² La violencia generalizada en el país de origen fue uno de los nuevos motivos incorporados al derecho internacional de refugiados por la Declaración de Cartagena de 22 de noviembre de 1984. Este fue un gran aporte del sistema de asilo latinoamericano al derecho internacional.

¹⁸³ UE. TJUE, Sentencia de 12 de abril de 2018, asunto C-550/16.

¹⁸⁴ La *kafala* no es objeto de investigación en la presente tesis doctoral. No obstante, debemos destacar que cada Estado miembro ha regulado en su normativa de extranjería el régimen de entrada y permanencia de los menores extranjeros sometidos a *kafala* ante autoridad extranjera. Para profundizar sobre el caso español (Rodríguez Benot, 2009: 132-138).

¹⁸⁵ UE. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, asunto C-129/18.

pecial los mal denominados «no acompañados». En concreto, este caso versa sobre un menor extranjero abandonado por sus padres en el Estado de origen (Argelia), sobre el cual se instituye como medida de protección una *kafala* argelina por dos ciudadanos europeos. Este menor pretende reunirse y vivir junto a sus tutores legales en Gran Bretaña. Unos adultos que han asumido el compromiso de hacerse cargo de su cuidado, educación y protección, de igual forma que lo harían los progenitores y, por otro lado, ejercer la tutela legal. Este menor debe ser considerado como «otro miembro de la familia», y se le debe facilitar la entrada y permanencia a través de una apreciación equilibrada y razonable de las circunstancias actuales, a fin de tomar en consideración todos los intereses en juego, y en especial el interés superior del menor afectado.

El TJUE no ha sido el único que ha interpretado el derecho a la reunificación familiar y el interés superior del menor afectado, también lo ha hecho el Comité de los derechos del niño dando respuesta a la comunicación número 12/2017 frente a Bélgica resuelta a fecha de 5 de noviembre 2018¹⁸⁶. En esta resolución, el Comité resuelve teniendo en cuenta el interés superior en la entrada y residencia de una menor extranjera privada de entorno familiar en Bélgica para convivir con un matrimonio belga-marroquí. La pareja había constituido una *kafala* sobre la menor, quien fue abandonada por su madre, y era hija de padre desconocido. Reunificación familiar que le fue negada a este matrimonio al no considerar a la menor como una hija. El Comité en esta resolución señala que el artículo 10 de la CDN no obliga al Estado parte en general a reconocer el derecho a la reunificación familiar de los niños sobre los que se ha constituido *kafala*. No obstante, al evaluar y determinar el interés superior del niño a la hora de decidir si otorgar o no un permiso de residencia, el Estado parte está obligado a tener en cuenta los vínculos de facto entre la menor y los solicitantes de la reagrupación familiar. El Comité estima que el término «familia» debe interpretarse en sentido amplio, para incluir aspectos biológicos y adoptivos, los padres de crianza o, cuando corresponda, a los miembros de la familia extensa o la comunidad de acogida, según lo dispuesto por la costumbre local (art. 5 CDN). Considera que el Estado belga ha fallado

¹⁸⁶ ONU. Comité de los derechos del niño. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 12/2017, de 05/11/2018.

al examinar la solicitud de visado de entrada, que debió atender de manera positiva, humana y expedita. Y además no ha garantizado que la presentación de la solicitud no tenga consecuencias adversas para la menor y los solicitantes de reagrupación familiar como miembros de su familia.

Este tenso debate jurisprudencial y doctrinal es fruto del vacío jurídico en la Directiva de reagrupación familiar y en el Reglamento 624/2013 respecto al interés superior de un menor extranjero privado de su entorno familiar y de las nuevas relaciones familiares. Un interés superior que no ha sido definido ni tan siquiera para el menor extranjero no acompañado refugiado. Esto motiva que no se pueda establecer con precisión dónde y cuándo debe ejercerse el derecho a la reunificación familiar, y cuándo es, o no, recomendable que sea reagrupado con su familia biológica¹⁸⁷. Una situación que genera inseguridad jurídica y vulnerabilidad al menor extranjero no acompañado, o privado de su entorno familiar, y, en particular, al refugiado.

En el caso del refugiado, la normativa europea solo garantiza su derecho a reunirse con su familia en el país de acogida, sin entrar a debatir si el interés superior del menor está en su permanencia en el seno familiar, en el Estado de acogida, o, por el contrario, en proporcionarle un entorno familiar sustituto mediante la adopción de medidas alternativas de cuidado parental (familia de acogida, familia adoptiva, acogimiento residencial, tutor, representante, etc.). Se critica que sea la propia normativa interna la que genere vulnerabilidad en estos menores al privarles de uno de los pilares esenciales en la protección y desarrollo humano, y que ha conformar todo sistema nacional de protección infantil, la familia¹⁸⁸.

Para concluir decir que los vacíos descritos en la legislación europea tienen como finalidad producir el alejamiento de estos menores del Estado y sociedad de acogida, propiciando su retorno al país de origen, y sin valorar uno de los principios esenciales en la protección de menores: el interés superior del menor (Segoviano Revilla, 2014: 440).

¹⁸⁷ De acuerdo con Unicef, en relación con las solicitudes de reagrupación del niño con su familia en el Estado de acogida, los tribunales nacionales deben garantizar también que los padres no se aprovechen de sus hijos para obtener permisos de residencia en ese país (ONU. Unicef y Acnur, 2008: 104).

¹⁸⁸ La familia como elemento natural y fundamental de la sociedad viene configurado en el art. 23.1 del PIDCP. En este artículo se otorga a la familia el derecho a ser protegida por la sociedad y por el Estado.

f) Alojamiento con familia sustituta

En los tres sistemas de protección de derechos humanos, el derecho al alojamiento de los menores extranjeros no acompañados únicamente está contemplado en la normativa europea. Por ese motivo, nos centraremos en el sistema de la UE. En cuanto al derecho a una familia sustituta como medida alternativa de cuidado del menor no acompañado, nos encontramos ante una laguna legal. Los menores no acompañados siguen siendo niños privados de cuidados parentales (art. 20 CDN y art. 17.1, letra c, CSER). Por tanto, cuando no sea posible reunirlo con su familia, tiene el menor derecho a que el Estado de acogida le brinde la misma protección que se le otorgaría al menor privado temporal o permanentemente de su medio familiar¹⁸⁹.

En el marco normativo de la UE, el derecho al alojamiento del menor acompañado está regulado en el artículo 16.2 Directiva 2001/55/CE, artículo 24.2 Directiva 2013/33/UE, y en el artículo 31.2 Directiva 2011/95/UE. En estos artículos se hace alusión a la posibilidad de alojar a los menores no acompañados beneficiarios de protección subsidiaria, solicitantes de asilo, y beneficiarios de protección internacional con miembros adultos de su familia, una familia de acogida, centros de acogida de menores, otro alojamiento con instalaciones adecuadas. Estos artículos hacen una enumeración de posibles alojamientos, pero no establece prioridades de unos frente a otros. El Estado receptor del menor es el que decide cuál de esos tipos de alojamientos otorga al menor. En ese sentido, cabe destacar que la medida de cuidado alternativo preponderante para los menores no acompañados, hasta el momento, ha sido el acogimiento residencial. Una medida que, de acuerdo con Naciones Unidas, solo debería ser adoptada cuando no es posible la aplicación de su reintegración en el seno de su propia familia, o el acogimiento familiar en el seno de una familia sustituta¹⁹⁰.

Por ese motivo, la Comisión Europea en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Protección de los menores mi-

¹⁸⁹ ONU. AGNU. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, apartados 100-103; Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 6 (2005): Trato de los niños no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, apdo. 33-38.

¹⁹⁰ ONU. AGNU. Resolución por la que se aprueba la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, de 3 de diciembre de 1986.

grantes de 12 de abril de 2017»¹⁹¹ ha realizado un ejercicio de autocrítica, y ha propuesto la reforma de la legislación de la UE en materia de asilo, integración y retorno, introduciendo en la futura reforma la visión de Naciones Unidas sobre una gama alternativa de cuidados para menores no acompañados y beneficiarios de protección internacional, en la que prima los hogares o familias de acogida sobre los centros de acogida de menores.

4. SOMBRAS Y LUCES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MENA EN ESPAÑA: UNA MIRADA REVELADORA DESDE EL SALVADOR

Los objetivos fundamentales del presente estudio comparado son los siguientes: desvelar si El Salvador debido a su enfoque cuatridimensional (como país receptor, emisor, de tránsito y de retorno) ha incorporado buenas prácticas administrativas, nuevas figuras legales e institucionales de protección de MENA que sirvan de referencia al legislador español; y visibilizar los fallos en la detención, detección, identificación, intervención y protección de los MENA en España con el fin de subsanarlos. Para alcanzar estos objetivos, por una parte, se hace imprescindible determinar si la legislación española es escueta, incoherente y anacrónica o, por el contrario, se ha ajustado al discurso de los derechos humanos supranacional de la niñez y adolescencia migrante no acompañada¹⁹². Y, por otra parte, denunciar las múltiples contradicciones jurídicas, malas praxis administrativas y vacíos jurídicos encontrados en el sistema español al realizar el análisis comparado de la legislación de ambos Estados en materia de protección de menores, extranjería, asilo, y víctimas de trata.

¹⁹¹ UE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Protección de los menores migrantes, Bruselas, 12.4.2017 COM (2017) 211 final.

¹⁹² Las tres características del ordenamiento jurídico, según Kelsen, son la unidad, la plenitud y la coherencia. Esta última es la que haría que las contradicciones en el derecho desaparecieran. En esta tercera característica es en la que nos fundamentamos para señalar que, hoy en día, se le está generando al MENA una inseguridad jurídica por la múltiple normativa que lo contempla. Si bien, advertimos, junto a Pérez Luño, que en el ordenamiento jurídico del Estado de derecho actual esta seguridad jurídica proporcionada por la coherencia habría sido sustituida por la exigencia de un amplio aparato argumentativo tendente a motivar la racionalidad de las posibles contradicciones existentes entre las normas y/o las decisiones administrativas, y decisiones judiciales. Pérez Luño, 2010: 560-564.

4.1. Categorías conceptuales y jurídicas de menores extranjeros no acompañados

Para que las autoridades migratorias detecten quién es un menor extranjero no acompañado se hace imprescindible que empecemos por descifrar qué se entiende por «no acompañado» tanto en España como en El Salvador. En ese sentido, debemos señalar que en el sistema español se define expresamente al no acompañado bajo la rúbrica de menor extranjero no acompañado en el capítulo III del RD 557/2011 de 20 de abril¹⁹³ (en adelante RLOEx):

Aquella persona extranjera menor de 18 años que llegue al territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación (art. 189, inciso primero, del RLOEx).

Por el contrario, en el sistema salvadoreño no encontramos una definición expresa del menor extranjero «no acompañado». Los artículos 12 y 57 del Reglamento de 22 de agosto de 2005¹⁹⁴, por el que se desarrolla la Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas de 18 de julio de 2002¹⁹⁵ son los únicos que mencionan al niño, niña y adolescente extranjero no acompañado y solicitante de asilo o refugio, pero no determinan quién es un no acompañado. Nosotros estimamos que para completar esa laguna legal las autoridades salvadoreñas están utilizando la noción internacional recogida en el párrafo 7 de la Observación General número 6 de 1 de septiembre de 2005 del Comité de los derechos del niño por el que se establece que «son niños no acompañados los menores que están separados de ambos padres y

¹⁹³ España. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009. BOE núm. 103 de 30/04/2011.

¹⁹⁴ El Salvador. Decreto núm. 79 de 22 de agosto de 2005 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas. DO núm. 165, tomo 368, de 07/09/2005.

¹⁹⁵ El Salvador, Decreto Legislativo núm. 918 sobre Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas. DO núm. 148, tomo 356, de 14/08/2002.

otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad». No obstante, cabe advertir que esta noción de «no acompañado» en El Salvador se torna más compleja en el año 2018 al modificarse sustancialmente la noción de niña, niño y adolescente extranjero acompañado mediante el Protocolo de actuación y articulación para la atención y protección de niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros de 14 de febrero de 2018¹⁹⁶ (en adelante Protocolo 2018). En este protocolo no existe una definición expresa del no acompañado, pero sí del acompañado, al establecer que

los niños, niñas y adolescentes migrantes extranjeros pueden estar acompañados de sus padres, madres y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o representantes legales. En el primer grado de consanguinidad están los padres, madres, hijos e hijas. En el segundo grado, están los hermanos, abuelos y nietos. En el tercer grado se encuentran los bisabuelos y los biznietos, los tíos y los sobrinos. Y en el cuarto grado están los primos hermanos¹⁹⁷.

Esta relevante modificación de la noción de niño, niña, adolescente extranjero acompañado, e implícitamente del no acompañado, permite sostener que los cuidados parentales han pasado de ser exclusivos de los padres a ser compartidos con otros adultos, lo que afecta, sin duda, a la definición de menor extranjero acompañado y de no acompañado, en la legislación española.

En la actualidad, las responsabilidades de los adultos para con los menores de edad ya no están vinculadas exclusivamente a los progenitores como sujetos titulares exclusivos de la patria potestad. Ahora, el entorno familiar es quien se hace cargo del menor, aunque sea de manera temporal, y ejerce los deberes inherentes a la patria potestad en sustitución de sus padres. En el caso español, Leonseguí Guillot propone que los menores extranjeros que cuenten con apoyo o soporte de otros adultos en España no deberían ser considerados

¹⁹⁶ Protocolo creado con el apoyo financiero y de personal cualificado de la OIM y de EE.UU. Contempla los procedimientos de detección, protección y atención inmediata de NNA extranjeros. Parte de ellos serán retornados a su país de origen u otros permanecerán en acogimiento institucional. Protocolo disponible en: http://201.192.237.29/sites/default/files/otros/protocolo_dgme.pdf [consultado a 20 de octubre de 2018].

¹⁹⁷ Protocolo de actuación y articulación para la atención y protección de NNA migrantes extranjeros de 14 de febrero de 2018, punto 3.1, letra a), 2018, p. 16.

en situación de desamparo, y por tanto no debería constituirse una tutela automática, sino una tutela ordinaria (Leonseguí Guillot, 2017: 127-130). En El Salvador estos debates aún no se han producido, así como tampoco se les está proporcionando a los menores extranjeros no acompañados un tutor. A continuación, nuestro análisis se centrará en las categorías jurídicas de MENA que existen en los países objeto de nuestra reflexión. Recordemos que los MENA son un grupo heterogéneo de menores inmigrantes, de ahí la dificultad a la hora de identificar el perfil que le corresponde a cada uno de ellos, y el estatus jurídico que se le debería asignar, a lo que hay que sumar una múltiple normativa reguladora respecto al perfil.

El estatus jurídico asignado al menor extranjero determinará, en ambos países, si deben ser retornados a su país de origen o a un tercer Estado, o serán regularizados y permanecerán en el territorio por un período de tiempo, que depende también del estatus fijado. La diferencia entre uno y otro país está en la determinación de quiénes deben permanecer en el territorio, y bajo qué estatus jurídico. Diferencia que explica la falta de coincidencia entre las categorías jurídicas de MENA, en uno y otro país.

En el ordenamiento jurídico español, encontramos un solo concepto de menor no acompañado, en la regulación de extranjería (art. 189, inciso primero, RLOEx). El artículo 189 inciso segundo del RLOEx¹⁹⁸, permite complementar el procedimiento general de los MENA, con el específico que determina su perfil. En la práctica administrativa los menores no acompañados solo son catalogados como MENA. No obstante, podemos identificar hasta seis categorías jurídicas de estos menores, en España. Estamos hablando de:

- MENA (en el preámbulo núm. 7 y art. 35 LOEx¹⁹⁹; arts. 189-198 y art. 215 del RLOEx, Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los

¹⁹⁸ Art. 189, inciso segundo, RLOEx: «el contenido de este capítulo deberá interpretarse sin perjuicio de la posibilidad de que el menor extranjero no acompañado pueda cumplir los requisitos establecidos en los arts. 59 (colaboración contra redes organizadas) y 59 bis (víctimas de trata) de la LO 4/2000, de 11 de enero, o en la normativa española en materia de protección internacional».

¹⁹⁹ LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12/01/2000).

menores extranjeros no acompañados²⁰⁰ —en adelante Protocolo Marco—²⁰¹, y artículos 10.3 y 19 bis, apartados 2 y 5, de la LOPJM²⁰² —referencia de los MENA introducida en el sistema de protección nacional de menores por la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia—²⁰³; y el Proyecto de ley orgánica de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia de 8 de enero de 2019)²⁰⁴.

- MENA y solicitante de asilo (arts. 25 y 46 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria)²⁰⁵.
- MENA y refugiado (misma regulación que la anterior).
- MENA y beneficiario de protección subsidiaria (misma regulación que la anterior).
- MENA y víctima de trata (en el punto XIV B.- Víctimas menores de edad extranjeras no acompañadas del Acuerdo de 28 de octubre de

²⁰⁰ España. Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (BOE núm. 251 de 16/10/2014). No es un instrumento vinculante.

²⁰¹ Este Protocolo Marco no es un instrumento vinculante ni eficaz. De ahí que la Administración de distintos territorios lo hayan reforzado por diversas vías. «En Galicia se ha elaborado un protocolo autonómico; en Vizcaya se ha adaptado el protocolo provincial para comprender algunos aspectos puntuales; en Granada o Cuenca se ha optado por llevar a cabo reuniones de coordinación con las instituciones con competencias en la materia para examinar disfunciones detectadas en la aplicación del Protocolo Marco y fijar criterios para su solución. Otras Fiscalías, como Huelva, han realizado un cambio organizativo específico —adscripción de una Fiscal de Menores a la sección de extranjería— para asegurar el cumplimiento del Protocolo». Fiscal General del Estado, *Memoria actividad del Ministerio Fiscal*, 2017, p. 541.

²⁰² España. LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17/01/1996. Modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, y por la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29/07/2015.

²⁰³ La importancia de esta Ley radica en la modificación del sistema de protección contemplado en la LOPJM. Por primera vez, se establece la obligación de las Administraciones Públicas de velar por los grupos especialmente vulnerables como son este caso los menores extranjeros y no acompañados, así como los que presentan necesidades de protección internacional y de las que sean víctimas de cualquier abuso (Cabedo Mallol, 2016: 49-86).

²⁰⁴ España. Proyecto de LO de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de 8 de enero de 2019. BOCCGG, núm. 22-1, de 19/06/2020.

²⁰⁵ España. Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31/10/2009.

2011 adoptado por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial, por el que se aprueba el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos²⁰⁶ [en adelante Protocolo VTSH]; y el art. 59 bis LOEx).

- MENA y colaborador contra redes organizadas (art. 59 LOEx).

A pesar de la clasificación, en la práctica administrativa española se aplica y reconoce tan solo una categoría jurídica de menor no acompañado, y es la categoría jurídica «MENA». Una práctica amparada en la laguna legal existente respecto al procedimiento de identificación del perfil del menor extranjero no acompañado. Por el contrario, en la normativa europea, como ya comprobamos, solo existe una categoría conceptual de «menor no acompañado» que se aplica de manera transversal en las múltiples directivas (de protección internacional, temporal, víctimas de trata e inmigración irregular) creando hasta siete categorías jurídicas de menor no acompañado. A cada menor le corresponde derechos, libertades y garantías distintas, en atención a su especial vulnerabilidad.

En el caso español, nos adherimos a Manuel Barrera López al señalar que al subsumirse las diferentes categorías jurídicas de menores no acompañados de la normativa europea bajo la del MENA, los menores y adolescentes no acompañados quedan bajo la presión de los instrumentos coercitivos contenidos en la normativa de extranjería, cuyo fin está orientado al alejamiento, o, lo que es lo mismo, al mantenimiento del orden público, ignorando la condición de menor de estos sujetos, así como sus derechos humanos, y las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado. Una situación que no solo los aboca a sufrir violencia, sino que los aleja del acceso al procedimiento específico que les corresponde y del catálogo de derechos que poseen en atención a su situación y estatus jurídico específico (Barrera López, 20102011: 202-209). En la regulación europea los menores no acompañados cuentan con un procedimiento y un catálogo de derechos distinto y más

²⁰⁶ España. Protocolo marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos, 28 de octubre de 2011. Disponible en: <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/va/otrasFormas/trata/normativaProtocolo/marco/home.htm> [consultado a 14 de agosto de 2018. No es un instrumento vinculante].

amplio a aquél que corresponde a los menores no acompañados e irregulares. La ampliación y la centralidad que ocupa la irregularidad en el sistema de cuidado y protección de los menores no acompañados pone de manifiesto que España considera a estos menores y adolescentes no acompañados como menores y adolescentes no deseados, dado el carácter esencialmente económico de este grupo. Esto permite sostener que son menores carentes de interés para el mercado, y por ello objetos de expulsión y no sujetos con derechos (Durán Ruiz, 2007: 3).

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, al igual que en el sistema europeo, tampoco existe la categoría jurídica de MENA, lo que existe es la categoría de no acompañado, que se aplica de manera transversal a toda la normativa que afecta a menores, según a sus peculiaridades. Entre la legislación aplicable a estos menores está la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia de 26 de marzo de 2009 (LEPINA)²⁰⁷, y el Decreto número 677, por el que se aprueba el Código de Familia de 23 de noviembre de 1993²⁰⁸. En materia de asilo²⁰⁹, el Decreto número 918 de 18 de julio de 2002, por el que se aprueba la Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas²¹⁰, y el Decreto ejecutivo número 79 de 22 de agosto de 2005, por el que se instrumenta el Reglamento de la Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas²¹¹. En materia de extranjería, Decreto número 286, por el que se aprueba la Ley especial de migración y extranjería, de 24 de abril de 2019²¹², el Decreto número 33, de 9 de marzo de 1959, por el que se instrumenta el Reglamento a la Ley de Migración²¹³, y el Protocolo 2018. Y, en materia de víctimas de trata, el Decreto número 824 por el que se aprueba la Ley especial contra la trata de personas de 10 de noviembre de 2014²¹⁴. En El Salvador, a diferencia de lo que ocurre en España, no hay una categoría jurídica de MENA que se aplique con carácter preferencial al resto. Esto ha ayudado a que el estatus jurídico de los menores extranjeros no acompañados sea de fácil

²⁰⁷ DO núm. 68, tomo 383, de 16/04/2009.

²⁰⁸ DO núm. 231, tomo 321, de 13/12/1993.

²⁰⁹ La legislación de asilo también está pendiente de modificación, pero no tenemos acceso al borrador.

²¹⁰ DO núm. 148, tomo 356, de 14/08/2002.

²¹¹ DO núm. 165, tomo 368, de 07/09/2005.

²¹² En vigor desde el 16 de mayo de 2019. DO núm. 75, tomo 423, de 25/04/2019.

²¹³ DO núm. 56, tomo 182, de 31/03/1959.

²¹⁴ DO núm. 213, tomo 405, de 14/11/2014.

identificación, sin que sean reconducidos, como ocurre en el caso español, a la categoría conceptual de menor extranjero no acompañado en situación irregular con medida de acogimiento institucional o a la de menor extranjero no acompañado en proceso de repatriación. Por consiguiente, la categoría jurídica de menores no acompañados reconocidas por las normas anteriormente citadas sería la de niño, niña y adolescente extranjero no acompañado y solicitante de asilo (arts. 12 y 57 Reglamento de asilo). Y, en la práctica administrativa, se reconoce la categoría jurídica del niño, niña y adolescente extranjero no acompañado y refugiado (art. 6, art. 45 inciso segundo, tercer, y cuarto, y art. 49 LEPINA), y la del niño, niña y adolescente extranjero no acompañado y víctima de trata (art. 41 LEPINA; y arts. 6, 30 y 44 Ley especial contra la trata de personas).

Todo lo expuesto nos lleva a valorar positivamente el hecho de no haber encontrado una categoría jurídica de MENA en el ordenamiento jurídico salvadoreño, a diferencia de lo que ocurre, en el ordenamiento jurídico español, que sigue siendo excluyente del menor inmigrante no acompañado, considerándolo en todo momento en situación irregular, incluso, en los casos en que debería tener acceso a la protección internacional.

4.2. Fallas del sistema estatal de protección de menores en la llegada del menor migrante no acompañado

En España se está incumpliendo el derecho a un proceso equitativo, no proporcionando las preceptivas garantías procesales al menor no acompañado en el procedimiento de detención y detección del perfil (art. 24.2 CE, art. 6 CEDH, y CDN), a pesar de estar obligado como Estado parte del sistema internacional de derechos humanos, y de los dos sistemas regionales europeos.

4.2.1. Fallos en la detección de las situaciones de vulnerabilidad del menor en frontera

Este apartado está destinado a denunciar los obstáculos con los que se encuentra el menor no acompañado al entrar al país receptor para acceder al asilo o a la condición de víctima de trata. En nuestra opinión, los dos ejes vectores sobre los que debe girar el tratamiento de los menores no acom-

pañados víctimas de trata o solicitantes de asilo son el interés superior del menor y el principio de especialidad. Consideramos que el interés superior de un menor no acompañado víctima de trata o solicitante de asilo está no solo en acceder al estatus de minoridad, sino también a la red de atención y tratamiento que atiende a sus necesidades específicas de protección, riesgos y vulnerabilidades. Recordemos que, en el derecho europeo, interamericano, y salvadoreño no existe la categoría jurídica de «MENA», pero en el español sí y que esta categoría está reconduciendo a que se intente el retorno del menor. Por todo lo anterior, aquí solo nos referimos al momento procesal del acceso al estatus jurídico adecuado. Advertimos que no es objetivo de nuestro trabajo la institución del asilo, ni la condición jurídica de víctima de trata.

- a) Ausencia de Protocolo de intervención primaria de las autoridades estatales en frontera

En el caso español, al contrario de lo que sucede en El Salvador (Protocolo 2018), los principales obstáculos para que los menores no acompañados accedan al asilo o a la condición de víctima de trata se encuentran en frontera²¹⁵. No existe una normativa de extranjería dirigida a reconocer los derechos humanos de los menores migrantes en frontera y la correlativa obligación de las autoridades fronterizas a adoptar un rol activo realizando una tarea de inspección y detección, con carácter prioritario, de las situaciones de vulnerabilidad de estos menores. En nuestra opinión, para respetar los derechos de los menores se debería realizar una entrevista personal e individual con cada uno de ellos en frontera con el ánimo de averiguar si se trata de un menor acompañado o no acompañado, posible víctima de trata o solicitante de asilo²¹⁶. Un

²¹⁵ Compartimos la idea con Ángeles Solanes de la existencia de límites en las fronteras al reconocimiento y respecto de los derechos humanos de las personas extranjeras. Los Estados intentan mantener el orden nacional aplicando las viejas categorías jurídicas ciudadano/extranjero en los límites a su territorio. En este contexto jurídico-político los menores no acompañados son los más perjudicados. Se les está imponiendo trabas para el acceso al estatus jurídico de minoridad, víctima de trata y solicitante de asilo. Solanes Corella, 2016: 145-184.

²¹⁶ Si observamos el capítulo IV del Protocolo MENA del año 2014 y el Protocolo Marco de la Protección de la Víctima de Trata de Seres Humanos del año 2015, no hay ninguna sección dedicada a desarrollar una entrevista obligatoria a todos los menores, estén acompañados o no, y a detectar las situaciones de vulnerabilidad. Solo recoge la entrevista al extranjero no acompañado víctima de trata.

mínimo de protección al que obliga el Código de fronteras (art. 16.1)²¹⁷, y el RGEFC (art. 3.1, letra a²¹⁸).

La dificultad en la identificación del perfil del menor migrante no acompañado está en el ingreso masivo y en flujos migratorios mixtos de estos menores. La mayoría de ellos lo hacen por vía marítima, aunque en ocasiones utilizan la vía terrestre o área. Nos referimos a pateras u otro tipo de embarcaciones rescatadas del mar por Salvamento Marítimo, las cuales son llevadas al puerto que les indica la Policía Nacional donde se efectúa la primera toma de contacto con el menor²¹⁹. Una vez en tierra intervienen Cruz Roja, proporcionando la primera asistencia sanitaria, y la Policía Nacional, realizando las labores de identificación del presunto menor y comunicándose con el centro de protección de menores para que se lleve a cabo la primera acogida en el centro más cercano que disponga de una plaza libre (art. 190.1 RLOEx). Este traslado se realiza sin escuchar al menor no acompañado, sin contar con un representante ni ser asistido por un letrado. Los servicios jurídicos en frontera están dirigidos en exclusividad a personas mayores de edad. Los menores son negados como sujetos con derechos en frontera hasta tal punto que no son escuchados y, en ocasiones, son objeto de expulsión sumaria (Ceriani Cernadas, 2019: 72; y Solanes Corella, 2017b: 195-225). Prueba de ello, es el Dictamen aprobado por el Comité de los derechos del niño, respecto de la Comunicación número 4/2016 de 12 de febrero de 2019, con

²¹⁷ Art. 16.1, inciso tercero, del Reglamento 2016/399 del Parlamento y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) dispone que «[l]os Estados miembros garantizarán que la guardia de fronteras esté constituida por profesionales especializados con la debida formación, teniendo en cuenta los programas comunes de formación de agentes de la guardia de fronteras elaborados y desarrollados por la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores (en lo sucesivo, «Agencia») creada por el Reglamento (CE) núm. 2007/2004. Los programas de formación incluirán una formación especializada que les permitan detectar y afrontar situaciones que planteen riesgos para personas vulnerables, como los menores no acompañados y las víctimas de la trata de seres humanos. Los Estados miembros, con el apoyo de la Agencia, animarán a la guardia de fronteras a aprender los idiomas necesarios para desempeñar sus funciones». DOUE L 77/1, 23/03/2016.

²¹⁸ De conformidad con lo estipulado con el art. 3.1 a, del RGEFC, en el ejercicio del control fronterizo se identificará a los menores no acompañados.

²¹⁹ De acuerdo con SASEMAR, en Andalucía hay 17 puertos de desembarco desde donde se realizan rescates por las unidades de Salvamento Marítimo. En relación con el puerto de desembarco, Salvamento Marítimo sigue las instrucciones de la Policía Nacional centralizándose actualmente en Algeciras, Málaga, Motril y Almería (información obtenida a través de solicitud realizada por el Portal de Transparencia).

ocasión de la expulsión sumaria de un MENA de nacionalidad maliense en la frontera de Melilla²²⁰.

La Agencia europea de derechos fundamentales (Fra), se ha pronunciado y ha afirmado que «el procedimiento legal de entrada, acceso al asilo, y permanencia de un MENA en territorio europeo carece de una visión cercana al principio del interés superior del menor y a la dignidad humana de estos sujetos»²²¹.

El Comité de los derechos del niño ha manifestado también

su preocupación por la devolución automática de los niños que buscan protección internacional en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, sin las garantías necesarias, y la situación de aproximadamente 100 niños extranjeros no acompañados que se encuentran en la calle en la zona portuaria de la ciudad autónoma de Melilla.

Por todo ello, el Comité insta a España a tomar, entre otras medidas, las siguientes:

revisar la Ley 26/2015 y el Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA para ajustarlos a las disposiciones de la Convención; asegurar la protección efectiva de los menores no acompañados; poner fin a la devolución automática de algunos niños velando porque todos los procedimientos y criterios sean acordes con su condición de niño y con la legislación nacional e internacional; fortalecer la cooperación con ACNUR en la aplicación de esas recomendaciones; y revisar la Disposición Adicional 10ª de la LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana en relación con el régimen especial de Ceuta y Melilla que autoriza las deportaciones automáticas en frontera²²².

²²⁰ ONU. Comité de los derechos del niño. Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación núm. 4/2016, de 12 de febrero de 2019, párr. 36.

²²¹ Consejo de Europa. «Unaccompanied refugee children: the role and responsibilities of local and regional authorities», report, CG34(2018)13final, 2018, pp. 11 y 12.

²²² ONU. Comité de los derechos del niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, 5 de marzo de 2018, pp. 14 y 15. Y Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación núm. 4/2016, de 12 de febrero de 2019, p. 13.

El Comité de los derechos del niño también ha denunciado que presuntos menores de edad son ingresados en centros de internamiento de extranjeros (CIE) y no en centros de protección de menores incumpliendo con la primacía de la condición de menor y con el principio internacional de no detención y no devolución²²³.

El Defensor del Pueblo señala que asociaciones y abogados han comunicado al Comité hasta 23 casos en los que se ha dictado el Decreto de mayoría de edad sobre supuestos adolescentes que han sido internados en un CIE. Esto dio lugar a que el Comité interviniese y solicitara a las autoridades españolas «la no devolución de los interesados a su país de origen, y su transferencia a un centro de menores, mientras los casos comunicados estaban pendientes de examen» (España, Defensor del Pueblo, 2018: 38-39). Esto permite concluir que el sistema español de protección de menores se desvanece en los límites fronterizos del Estado. Lázaro González y Trinidad Núñez critican que España no esté proporcionando a los menores no acompañados las garantías procesales adecuadas y ajustadas al derecho europeo, ni ajustando su normativa al derecho internacional público y privado (Lázaro González, 2016: 105-106). Se imponen trabas administrativas, procesales y legales para que los MENA no puedan acceder al asilo, a la condición de víctima de trata, y a la condición de colaborador contra redes organizadas. Hechos que provocan que los menores no acompañados, en especial los que cumplan con los requisitos para ser considerados refugiados o víctimas de trata, queden desprotegidos, al igual que el posible beneficiario de protección subsidiaria, y colaborador contra redes organizadas.

Los menores no acompañados que cumplen con los requisitos para ser considerados refugiados viven una especial situación de vulnerabilidad, ya que no pueden entrar al sistema específico aplicable, al no serle realizada una entrevista individual ni ser asistidos por representante y asesor legal (Cear, 2017a: 20). Sirvan como ejemplo los datos oficiales aportados por Eurostat, quien cifra en tan solo 20 el número de solicitudes de asilo de menores no acompañados registradas en España en el año 2017, y en 30, el número de solicitudes en el año 2016²²⁴.

²²³ Recordemos que la Directiva retorno posibilitó la detención de los menores no acompañados en los CIE. Una expulsión que, por otra parte, no garantiza la reunificación con su familia (Solanes Corella, 2016: 37-76).

²²⁴ UE. Eurostat. Asylum applicants considered to be unaccompanied minors-annual data. Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&p-code=tps00194> [consultado a 7 de enero de 2019].

Asimismo, el Congreso de autoridades locales y regionales del CdE, en su Resolución número 428, de 28 de marzo de 2018, asegura que,

desde el año 2015, más de un millón de niños han llegado a los Estados miembros del Consejo de Europa buscando refugio por varios motivos, entre los que cabe mencionar una guerra, violencia social, y pobreza. Ninguno de estos Estados estaba preparado para la afluencia masiva de niños refugiados. Y esto es lo que los ha puesto en riesgo, y les ha privado de la estabilidad y seguridad familiar, así como ha socavado la cohesión social.²²⁵

Por último, he de destacar que los menores no acompañados ni tan siquiera llegan a ser identificados como menores víctimas de trata (Warria, Nel y Triegaardt, 2015), sobre todo cuando son menores «acompañados» de adultos indocumentados, o son portadores de documentación identificativa falsa, presuponiéndose por ello la mayoría de edad (Díaz Sacristán, 2017: 224-229). A este respecto, el Defensor del Pueblo ha advertido de la necesidad de revisar el procedimiento utilizado para la detección de potenciales víctimas de trata entre inmigrantes interceptados cuando tratan de entrar irregularmente a territorio español. Un procedimiento que no puede depender de la autoidentificación del menor, sino de la puesta en marcha de un procedimiento adecuado, cuando existen indicios. En nuestra opinión, debería activarse un protocolo nacional con la intervención de las entidades autonómicas de protección de menores para el establecimiento de los indicios específicos a considerar para un menor de edad víctima de trata, a fin de evitar que desaparezcan, o estén en situación de riesgo al no proporcionarles recursos adecuados (España, Defensor del Pueblo, 2017b).

En El Salvador, como no existen otras categorías jurídicas, los solicitantes de asilo, refugiados y víctimas de trata, desde el año 2013, están accediendo a la condición de víctima de trata y desde el 2014 a la condición de refugiado. La Dirección General de Migración y Extranjería (DGME) afirma que no se encuentran datos de niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados que accedieran a la condición de refugiado en el período que va desde el año 2002 al 2013, pero sí en el período de 2014 al 2016. En concreto, afirma que ha

²²⁵ Consejo de Europa. Congreso de Autoridades Locales y Regionales. «Unaccompanied refugee children: the role and responsibilities of local and regional authorities», Resolución núm. 428 de 28 de marzo, CG34(2018)13final.

habido un total 12 niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados que accedieron al estatus de refugiado. En el año 2014, se beneficiaron del estatus de refugiado dos adolescentes mexicanos y tres adolescentes hondureños. En el año 2015 fueron tres niños sirios. Y en el año 2016 fueron dos niños afganos, un adolescente guatemalteco y un niño mexicano²²⁶. La DGME también señala que en el año 2013 dos adolescentes hondureñas de 12 y 16 años fueron víctimas de trata²²⁷. Por su parte, el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia (ISNA) en el período que va desde el 1 de enero de 2010 a 31 de marzo de 2017 cifra en un total de 465 a los menores extranjeros no acompañados atendidos en centros de protección de la niñez y adolescencia²²⁸. Si comparamos estos datos con los de la DGME, tenemos que tan solo un 3% del total de los menores extranjeros no acompañados atendidos en centros de protección en El Salvador se les está asignando el adecuado perfil. El resto están siendo retornados a sus países o a terceros Estados. No obstante, cabe señalar que ninguna entidad pública nos ha querido proporcionar los datos oficiales de menores extranjeros no acompañados repatriados.

La razón principal por la que en el caso salvadoreño sí acceden al estatus de refugiado, solicitante de asilo y víctima de trata es que no existe la categoría jurídica de MENA. Además, existe la presunción de minoría de edad, y las competencias de las autoridades migratorias sí están definidas en el apartado 4 del Protocolo del 2018, y en su apartado número 5.3.1, lo que obliga a las autoridades migratorias a detectar el perfil exacto del menor no acompañado²²⁹. Por ese motivo, en el caso español, abogamos por la derogación de la categoría jurídica española de MENA del artículo 189 RLOEx y artículo 35 LOEx, y del procedimiento de determinación de la edad del artículo 190 del RLOEx. Creemos mejor medida de protección la presunción de minoría de edad, y que sea un juez el encargado de establecer la edad correcta en atención a pruebas sanitarias adecuadas.

Para detectar el perfil del menor migrante las autoridades migratorias salvadoreñas cuentan, en primer lugar, con una clasificación de menores migran-

²²⁶ Información oficial obtenida mediante previa solicitud.

²²⁷ Respuesta oficial de solicitud de información a la DGME.

²²⁸ Información obtenida previa solicitud al ISNA.

²²⁹ El Salvador. Dirección General de Migración y Extranjería (DGME). Protocolo de actuación y articulación para la atención y protección de niñas, niños, y adolescentes migrantes extranjeros, 2018: 19-24, y 32-33.

tes que consideramos fundamental en el apartado 3.1 del Protocolo 2018. Este apartado distingue entre niños, niñas y adolescentes extranjeros acompañados, no acompañados, separados, con sospecha de su acompañante (mal acompañados), los que ingresan por razones humanitarias, en situación migratoria irregular con medida de acogimiento institucional, en proceso de repatriación, hijos de personal diplomático acreditado en El Salvador, procesados por cometer delitos y solicitantes de protección internacional (Protocolo de actuación y articulación para la atención y protección de niñas, niños, y adolescentes migrantes extranjeros de 14 de febrero de 2018, en adelante Protocolo NNA migrantes. De la anterior clasificación, deducimos que los niños, niñas y adolescentes extranjeros con sospecha de su acompañante o «mal acompañados» serían los posteriormente reconocidos categóricamente como niños, niñas y adolescentes extranjero no acompañados y víctimas de trata. Los solicitantes de protección internacional serían los reconocidos primero como niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados y solicitantes de asilo o refugio, y después como niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados y refugiados. Los que ingresan por razones humanitarias solo se les proporcionaría un «visado humanitario», sin ser catalogados en los anteriores estatus jurídicos. En proceso de repatriación estarían todos aquellos niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados a los que no se les puede otorgar el estatus de refugiado o de víctima de trata y son retornados a sus países de origen o terceros países. Y los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados en situación irregular con medida de acogimiento institucional entendemos que son aquellos que debían ser retornados, pero no se ha podido ejecutar la repatriación, entre otras cosas, porque el juzgado de la niñez y adolescencia ha determinado que la repatriación no es el interés superior del menor. Y, en segundo lugar, las autoridades migratorias cuentan con una guía para realizar la entrevista al menor y hacer el registro de información, con los indicadores de vulnerabilidad cifrados para que puedan detectar el perfil del menor migrante y registrar los datos en el sistema integrado de migración (Procolo NNA migrantes, pp. 42-48).

En España no es un juzgado de la niñez y adolescencia quién tiene la última decisión sobre la repatriación del menor, sino un órgano administrativo, la Delegación y Subdelegación del Gobierno (arts. 191-195 RLOEx). Y tampoco se ha establecido qué autoridades administrativas deben asumir la competencia de detección del perfil del menor no acompañado, separado, mal acompañado, o con necesidades de protección internacional. De ahí

que consideremos importante que exista un procedimiento de coordinación interinstitucional y de distribución de competencias entre las autoridades migratorias, para llevar a cabo la clasificación de los menores migrantes con los indicadores de vulnerabilidad que permitan establecer el perfil de cada menor no acompañado.

- b) Inexistencia de directrices sobre cómo las autoridades migratorias deben aplicar de manera complementaria la legislación de extranjería y asilo

En el caso español existe una clara dispersión procedimental y orgánica, falta de especialización o formación de las autoridades competentes en materia de menores no acompañados, víctimas de trata, y asilo (igual que ocurre en El Salvador), así como carencia de directrices sobre cómo deberían aplicar las autoridades migratorias la legislación de extranjería y asilo en el supuesto de que las autoridades de seguridad hayan detectado indicios de que el menor no acompañado pudiera ser un potencial solicitante de asilo o víctima de trata²³⁰. Samuel Hernández señala «como una de las causas principales del bajo número de solicitudes de asilo en España, efectuadas por menores extranjeros no acompañados, la errónea consideración de que la solicitud de asilo y el procedimiento de regularización establecido en la legislación de extranjería son incompatibles» (Hernández Aguado, 2018: 130).

En nuestra opinión, hay otros dos motivos que dificultan el acceso de estos menores a la protección internacional. El primero, que deban ser ellos quienes han de personarse ante la policía nacional para solicitar asilo desde su llegada, sin que se les hayan otorgado las garantías procesales previas oportunas. Esto provoca una baja ratio en su concesión. Entre el año 2014 y 2017, un total de 92 MENA solicitaron asilo, de los que solo 5 tuvieron la condición de refugiado, y 32 la condición de beneficiario de protección subsidiaria²³¹. El segundo de los motivos es el concepto restringido de «refugiado», que utiliza la Administración. Una noción que ha sido ampliada por los tribunales españoles interpretando el conjunto de normas estatales, regionales e internacionales aplicables. Sirva como ejemplo decir que en España los menores que

²³⁰ La adopción de directrices sobre cómo las autoridades migratorias deben aplicar la normativa interna de extranjería y asilo es «materia de inmigración», excluida del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (art. 4).

²³¹ Información obtenida mediante solicitud previa por el Portal de Transparencia.

son víctimas de persecución y reclutamiento por parte de maras o pandillas no han sido reconocidos como beneficiarios de protección internacional hasta el año 2017 (sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo contencioso, de 8 de septiembre de 2017, núm. Rec.342/2016) (Cear, 2018: 16-19). Igual ha sucedido con el reconocimiento explícito del género como motivo de persecución, y del derecho de asilo a las mujeres víctimas de violencia de género (Kahale Carrillo, 2009: 239-250). En España no se ha reconocido el estatuto de refugiado a una víctima de trata hasta el año 2013. Una decisión adoptada por el Ministerio de Interior a propuesta de la Oficina de Asilo y Refugio. Y esta situación se puede fundamentar con base en los arts. 3, 7.1e, 15, y 46 Ley 12/2019 (Jiménez Sánchez, 2017: 226-248). Este retraso obedecer al hecho de no haberse regulado de forma expresa el carácter complementario y subsidiario del régimen de la normativa de extranjería sobre el régimen de asilo (Bhaba y Alfírev, 2009). Una cuestión que se dificulta aún más en el caso de menores extranjeros no acompañados y víctimas de trata.

En la mayoría de las ocasiones las y los menores extranjeros no acompañados no son identificados como víctimas de trata, y si lo son, se redirigen a la protección general de la infancia, lo que lleva aparejado que las víctimas de trata que sean detectadas serán enviadas a centros de protección de la infancia, los cuales no poseen los recursos suficientes para ofrecerles la protección y asistencia debida (Torres Rosell y Villacampa Estiarte, 2017: 38). Esta situación nos permite afirmar que, en la práctica, no existe la complementariedad y subsidiariedad para los menores no acompañados entre los múltiples regímenes de protección, a las que hace referencia el artículo 189, inciso segundo, del RLOEx²³². Este sería el caso, por ejemplo, del menor extranjero no acompañado y colaborador contra redes organizadas, o víctima de trata, o solicitante de asilo (Ruiz Sutil, 2015: 320-344).

Una diferencia fundamental entre el ordenamiento jurídico español y salvadoreño, en materia de extranjería, víctimas de trata y asilo, es que en El Salvador existe una reglamentación específica, al margen de la normativa

²³² El art. 189, inciso segundo, del RLOEx al definir al MENA dispone que «el contenido de este capítulo deberá interpretarse sin perjuicio de la posibilidad de que el menor extranjero no acompañado pueda cumplir los requisitos establecidos en los arts. 59 y 59 bis de la LOEx, o en la normativa española en materia de protección internacional». BOE núm. 103, de fecha 30/04/2011.

de extranjería, para las víctimas de trata²³³. Estas personas no están obligadas a colaborar con las autoridades para conseguir el estatus de víctima de trata, y pueden transitar de la calidad de víctima de trata a la de refugiado (art. 44 Ley especial contra la trata de personas), razones que explican que existan más refugiados que víctimas de trata, en El Salvador.

En España, los menores que cumplen con los requisitos para ser considerados víctimas de trata o refugiados son calificados en primer lugar como menores extranjeros irregulares. Una situación de «alegalidad» ante la que cabrían dos posibles respuestas. Por una parte, que les reconozcan la condición de víctima de trata (art. 146 RLOEx) y la residencia (art. 59 bis LOEx), de manera temporal, al menos por un mínimo de 90 días, mientras deciden si colaboran o no con la policía en la investigación del delito y el procedimiento penal. Un período de reflexión que podría ser ampliado y tras el cual, si se decide no colaborar, se procedería al retorno a su país de origen (art. 145 RLOEx) (Lázaro González y Benlloch Sanz, 2010: 67-71). La segunda opción, es que colaboren, o no, con la administración, y tras un período de reflexión, la Administración decida no retornar a estos menores a su país de procedencia y concederles la autorización de residencia y trabajo, por circunstancias excepcionales (art. 144 RLOEx). Un modelo de residencia que tiene vigencia por 5 años, y que le permite al menor trabajar cuando se encuentra en condiciones de hacerlo conforme a la ley española (Torres Rosell y Villacampa Estiarte, 2017: 3-4).

En el caso de El Salvador, existen tres posibilidades. Una opción es que pueden acceder al sistema estatal de protección de menores, pero con carácter temporal hasta que sean retornados, con independencia de si colaboran o no con las autoridades judiciales (art. 41 LEPINA), dado que no necesitan colaborar para obtener la residencia y tener acceso a los recursos específicos para víctimas de trata, entre los que están los albergues o centros de atención especializados (arts. 32-35 Ley especial contra la trata de personas). No obstante, la intención del legislador salvadoreño siempre es retornar a estos menores a su país de origen por todos los medios posibles (art. 42 Ley especial contra la trata de personas). Una segunda opción es el reasentamiento del menor extranjero no acompañado y víctima de trata en un tercer Estado (art. 43 Ley especial contra la trata de personas). Y, por último, una tercera opción es permanecer en

²³³ En España hay pendiente de aprobación un anteproyecto de ley contra la trata de personas a la que no hemos tenido acceso.

El Salvador con un permiso de permanencia temporal de un año, prorrogable por otro año (arts. 4 b y 37 Ley especial contra la trata de personas) cuando se interpreta que esa es la mejor decisión en atención al interés superior del menor.

La debilidad del planteamiento salvadoreño está en que legislación no está orientada a reparar los daños de la víctima y a integrarla en la sociedad salvadoreña a largo plazo, sino a que permanezca en el país mientras finaliza el procedimiento penal. Dionisio Alonzo Sosa, funcionario del CONNA, comentó que, «en ocasiones, el juez determina que el interés superior del menor no acompañado y víctima de trata es permanecer en El Salvador y se busca la alternativa para que pasen del programa de albergue de protección para las víctimas de trata al programa de familias sustitutas». Señala que existe el caso de un niño hondureño víctima de trata de 10 años que se le brindó atención internacional activando el procedimiento en la CODER. Este niño estaba siendo víctima de trata junto a una joven salvadoreña de 20 años. La peculiaridad de este caso es que la familia del menor había sido quien le había puesto en esa situación. El menor logró huir con la colaboración de la joven, y además la familia de ésta se hizo cargo del menor, nombrándose tutor a una persona del entorno familiar de la chica. Ahora bien, este es un caso excepcional²³⁴. Aunque en El Salvador la mayoría de las víctimas de trata podrían entrar en el concepto de refugiadas, se prefiere no otorgarles asilo o refugio.

En el caso español, los menores se encuentran entre dos tipos de estatus jurídicos específicos, conforme a la legislación de extranjería: el estatus de víctima de trata, y el de menor no acompañado. El primero, si se concede, otorga protección más allá de la mayoría de edad, y, el segundo, hasta la mayoría de edad. Las y los menores no acompañados víctimas de trata no tienen reconocimiento ni protección específica que atienda a su plus de vulnerabilidad. Ello es consecuencia de la falta de transposición íntegra de las directivas que mencionan a los menores no acompañados víctimas de trata, sus derechos, libertades, y garantías (Directiva 2004/81/CE y Directiva 2011/36/UE)²³⁵. Resulta extraño que la

²³⁴ Información obtenida mediante una entrevista realizada a un funcionario salvadoreño relacionado con la infancia y la adolescencia.

²³⁵ Se plantea el problema de la eficacia que puede tener la norma comunitaria en estos casos de incumplimiento del deber estatal de transposición completa de la Directiva a su ordenamiento jurídico interno. El menor refugiado no acompañado podría demandar al Estado español ante el TJUE alegando la eficacia directa de su derecho a la tutela, representación legal, igualdad de trato con los adultos víctimas de trata (Serrano Sánchez, 2017: 100).

normativa de extranjería no haga referencia expresa a los menores no acompañados y víctimas de trata, pero sí a los menores en general (art. 146 RLOEx), incumpliendo la protección especial que exige el artículo 16 de la Directiva 2011/36/UE. Este vacío imposibilita determinar si nos encontramos ante una víctima de trata o ante un refugiado²³⁶. El contacto realizado con la Dirección General de Política Interior nos lleva a sostener que no se concede la condición de víctima de trata por la ley 12/2009, salvo como motivo para tener en cuenta en la instrucción individualizada de cada solicitud de asilo²³⁷.

Todo lo expuesto nos lleva a sostener que, a pesar de estar España y El Salvador sometidos respectivamente a la normativa europea, interamericana e internacional en materia de asilo, faltan mecanismos jurídicos e institucionales internos adecuados.

4.2.2. Problemática alrededor de la determinación de la edad del menor no acompañado indocumentado

En el procedimiento de determinación de la edad del menor no acompañado la legislación española de extranjería lo equipara a un menor en conflicto con la ley o con la Administración, o, lo que es lo mismo, a un menor infractor administrativo o en situación irregular. En nuestra opinión, la legislación española de extranjería reduce al MENA a un mero objeto de represión. Para llegar a esta conclusión ha sido fundamental el análisis comparado entre el derecho salvadoreño y el español. Entre los principales fallos existentes en el sistema español, cabe destacar:

a) Inexistencia de presunción de minoría de edad y representación legal

Es claramente criticable el rol del fiscal en el procedimiento de determinación de la edad del menor y la falta de representación legal del menor en éste. Debemos advertir que las pruebas de determinación de la edad se

²³⁶ ONU. Acnur. La Trata de personas y la protección de los refugiados: Perspectiva del Acnur, Ponencia: Conferencia Ministerial sobre la «Acción Global de la UE contra la trata de personas», Bruselas, 19-20 de octubre de 2009. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=501647bb2> [consultado a 31 de agosto de 2018].

²³⁷ Información oficial obtenida previa solicitud del Portal de Transparencia.

realizan justo a la entrada a España con motivo de considerar que el menor está indocumentado.

Antes de proceder a analizar las medidas de protección que pensamos que deberían adoptarse en el procedimiento de determinación de la edad, debemos aclarar por qué consideramos que las autoridades españolas son competentes para adoptar medidas de protección a corto plazo y por qué vamos a aplicar la ley española. En ese sentido, cuando un menor no acompañado entra a España, en la mayoría de las ocasiones está indocumentado y se desconoce el Estado de su residencia habitual. Este desconocimiento del Estado de la residencia habitual otorga competencia a las autoridades españolas en virtud del foro de la mera presencia del menor, quienes deberán adoptar las medidas de protección y representación oportunas (art. 13 Reglamento núm. 2201/2003)²³⁸. No obstante, este foro del Reglamento no operaría en el supuesto de que se conociese que la residencia habitual del menor está en un Estado no miembro de la UE (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2018: 443). Cuando esto suceda, se aplicarán los foros de competencia de los artículos 6 y 11 del Convenio de La Haya de 1996²³⁹. La ley aplicable para todas las medidas que requieren intervención de una autoridad administrativa o judicial será la ley

²³⁸ La presencia de un menor en un Estado miembro fundamenta la proximidad geográfica con los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. Esta relación no tiene la misma calidad que la residencia habitual. Por esta razón, el art. 13 del Reglamento 2201/2003 atribuye a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra el menor una competencia supletoria, que queda desprovista de fundamento cuando puede comprobarse la residencia habitual en otro Estado. Con base en este foro de competencia, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede adoptar una medida de protección del menor cautelar como es, por ejemplo, la guarda de menores. La dictará cuando atienda al interés superior del menor y tenga que hacerse de manera urgente y provisional (STJUE 2 de abril 2009, C-523/07).

²³⁹ En octubre del año 2017 en el seno de la «Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de niños y del Convenio de 1996 sobre protección de niños» se debatió sobre si el Convenio de La Haya de 1996 debería o no ser aplicado a los menores no acompañados y separados. Algunos de los Estados presentes señalaron que la situación de estos menores era una cuestión de derecho público y no de derecho privado. Otros sugirieron que debería aplicarse el derecho nacional si era más favorable al interés superior del menor. La gran mayoría de los estados parte llegaron a la conclusión de que este tratado internacional es lo suficientemente flexible como para aplicarlo a los menores no acompañados y separados, así como para lograr la cooperación necesaria entre autoridades estatales de protección de menores y migratorias. Asimismo, Unicef y el Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas, quienes estuvieron presentes como observadores en esta Comisión especial, abogaron por su aplicación a los menores no acompañados y separados. Gatzsche, 2019: 343.

española (art. 15.1 Convenio de La Haya de 1996)²⁴⁰. Ello es indiscutible porque las medidas concernientes a la protección y/o representación de un menor que solicita asilo o autorización de residencia están comprendidas en el ámbito de aplicación de ese Convenio. No obstante, quedan excluidas las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración (art. 4 j) (Conferencia de La Haya, 2014: 35).

Una vez aclarado que las autoridades españolas son competentes para proteger a los MENA desde su llegada, y que la ley española es aplicable, pasamos a adentrarnos en el conjunto de normas internas que regulan las medidas de protección de menores para ver si existe alguna medida específica para los MENA, y en particular para el procedimiento de determinación de la edad.

En primer lugar, decir que la competencia de protección de menores no es exclusiva del Estado, lo cual agrega complejidad a la materia estudiada. En ese sentido, se debe señalar que el artículo 149.3 CE permite a las comunidades autónomas asumir, vía estatuto de autonomía, la competencia de protección y tutela/representación de menores²⁴¹. Tan solo Galicia, Ceuta y Melilla

²⁴⁰ «El Convenio de 1996 incorpora el principio que formuló la Corte Internacional de Justicia en el caso Boll, según el cual las autoridades de los Estados contratantes, en el ejercicio de sus competencias de conformidad con el Convenio para adoptar medidas de protección de menores, aplican su propio derecho» (art. 15.1). Conferencia de La Haya, 2017: párr. 57; y Zabalo Escudero, 2011: 255-259.

²⁴¹ La competencia de protección de menores la han asumido las siguientes comunidades autónomas: Andalucía (art. 61.3 LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, BOE núm. 68, de 20/03/2007); Aragón (art. 71, ordinal 39 LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, BOE núm. 47, de 23 de abril de 2007); Asturias (art. 10, ordinal 25, LO 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias, BOE núm. 9, de 11 de enero de 1982); Baleares (art. 30, ordinal 39, LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2007); Canarias (art. 147.2 LO 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, BOE núm. 268, de 06/11/2018); Cantabria (art. 24, ordinal 23 LO 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria, BOE núm. 9, de 11 de enero de 1982); Castilla La Mancha (art. 31, ordinal 31 LO 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, BOE núm. 195, de 16/08/1982); Castilla y León (art. 70, ordinal 10 LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, BOE núm. 288, de 01/12/2007); Cataluña (art. 166.3, letra a, LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, BOE núm. 172, de 20/07/2006); Comunidad Valenciana (art. 49, ordinal 27 LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, BOE núm. 164, de 10/07/1982); Extremadura (art. 9, ordinal 26 LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, BOE núm. 25, de 29/01/2011); La Rioja (art. 8, ordinal 32 LO 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja, BOE núm. 146, de 19/06/1982); Madrid

no tienen esta competencia, aunque estas dos últimas entidades autonómicas sí tienen atribuida la potestad reglamentaria para desarrollar la legislación estatal (Disposición Final 16ª de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). En estas tres últimas entidades autonómicas referenciadas rige la legislación estatal, y en las otras dieciséis prima la legislación autonómica que desarrolla la competencia asumida de protección y tutela de los menores. Unas leyes autonómicas que, como veremos a continuación, pueden diferenciarse entre sí y con la del Estado, y que pueden contemplar o no la representación legal del menor no acompañando indocumentado en el procedimiento de determinación de la edad²⁴². Sirva como ejemplo la ley autonómica andaluza.

(art. 26.1, ordinal 24 LO 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, BOE núm. 51, de 01/03/1983); Murcia (art. 10.1, ordinal 18 LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, BOE núm. 146, de 19/06/1982); Navarra (art. 44, apdo. 23 LO 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, BOE núm. 195, de 16/08/1982); y País Vasco (art. 10, apdo. 14 LO 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, BOE núm. 306, de 22/12/1979).

²⁴² *Vid.* las dieciséis leyes autonómicas aplicables: en Andalucía, la Ley 1/1998, de 20 de abril de los derechos y la atención al menor (BOE núm. 150, de 24/06/1998), pendiente de modificación por el proyecto de Ley de Infancia y Adolescencia de Andalucía de fecha de 14 de julio de 2017 (Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/07/Texto%20ProyLey%20%20Infancia%20Adoles%20And%20aprobado%20CG%2001.12.20.pdf); en Aragón, la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (BOE núm. 189, de 08/08/2001); en Asturias, la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor (BOE núm. 94, de 20/04/1995), pendiente de modificación por Anteproyecto de ley de garantía de derechos y protección a las personas menores de edad del Principado de Asturias de 2018 (aún no está disponible para consulta); en Baleares la Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears (BOE núm. 89, de 13/04/2019); en Canarias, la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores (BOE núm. 63, de 14/03/1997), pendiente de modificación por el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, de 28 de diciembre de 2018 (BOPC núm. 19, de 11/01/2019). Modificada por el Decreto ley 23/2020, de 23 de diciembre, por el que se modifica la normativa de atención a la infancia para adaptar los centros de atención inmediata como dispositivos de emergencia para el acogimiento de menores extranjeros no acompañados (BOPC núm. 267, de 28/12/2020); en Cantabria, la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia (BOE núm. 19, de 22/01/2011); en Castilla La Mancha, la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha (BOE núm. 42, de 18/02/2015); en Castilla y León, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (BOE núm. 197, de 17/08/2002); en Cataluña, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (BOE núm. 156, de 28/06/2010); en la Comunidad Valenciana, la Ley 26/2018,

Andalucía tradicionalmente ha sido receptora de MENA por ser una de las principales puertas de entrada a Europa. En el año 1981 asumió la competencia exclusiva de tutela y protección de menores y hoy día la sigue manteniendo (art. 13, ordinal 23, de la ya derogada LO 6/1981, de 30 de diciembre, y art. 61.3 LO 2/2007, de 19 de marzo). Diecisiete años más tarde de la asunción de la competencia referenciada, en el año 1998, se aprobó la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril de los derechos y la atención, la cual sigue vigente. Nos adherimos a Andrés Rodríguez Benot al afirmar que esta ley autonómica es aplicable a todos los menores en situación de desamparo o riesgo, incluidos los menores extranjeros (Rodríguez Benot, 2000: 105-162). No obstante, debemos denunciar que no menciona expresamente a los MENA, ni regula figuras específicas de tutela o representación para ellos. Además, es una normativa que no está adaptada a los cambios nominales y estructurales del sistema de infancia y adolescencia introducidos por las leyes estatales 26/2015 y 8/2015. No obstante, debemos advertir que existe un proyecto de ley de infancia y adolescencia de Andalucía de fecha de 14 de julio de 2017, en el que sí se mencionan a los MENA, pero no resuelve el problema de la falta de representación legal del menor migrante, en los trámites de extranjería previos (art. 124).

La realidad y la práctica administrativa andaluza demuestran que se están dejando a los menores migrantes no acompañados e indocumentados sin representación legal en los trámites de extranjería previos a la decisión sobre la permanencia del menor y asunción de la tutela *ex lege*. Nos estamos refiriendo

de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia (BOE núm. 39, de 14/02/2019); en Extremadura, la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores (BOE núm. 309, de 27/12/1994); en La Rioja, la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja (BOE núm. 70, de 23/03/2006), pendiente de modificación por el Proyecto de Ley de Protección de Menores de La Rioja de 28 de mayo de 2018 (Disponible en: <https://www.parlamento-larioja.org/actividad-parlamentaria/iniciativas/pl/9l-pl-0016> [consultado a 11 de febrero de 2021]); en Madrid, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid (BOE núm. 183, de 2/08/1995); en Murcia, la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia (BOE núm. 131, de 02/06/1995); en Navarra, la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 1, de 02/01/2006); y en el País Vasco, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la Infancia y la adolescencia (BOE núm. 274, de 14/11/2011), pendiente de modificación por un Proyecto de Ley al que no hemos tenido acceso (Información disponible en: <http://www.euskadi.eus/proyecto-ley/14-ley-de-modificacion-de-la-ley-32005-de-atencion-y-proteccion-a-la-infancia-y-la-adolescencia/web01-s2enple/es/> [consultado a 19 de abril de 2019]).

al procedimiento de determinación de la edad y al procedimiento de retorno (art. 35 LOEx). Dos procedimientos claves, y regulados por la legislación estatal de extranjería. Uno concede el acceso al estatus de minoría de edad y el otro le otorga el derecho de regularización y permanencia en España. No obstante, debemos advertir que no todas las comunidades autónomas han optado por la posición andaluza.

Cataluña y Cantabria han regulado medidas específicas de protección provisional para los MENA desde su llegada, como son, por ejemplo, la atención inmediata en el procedimiento de determinación de la edad (art. 110.2 ley catalana 14/2010, de 27 de mayo)²⁴³, o la asunción de la tutela *ex lege* cuando se aprecia que el menor está en situación de desprotección grave que implica desamparo (art. 96.3 ley cántabra 8/2010, de 23 de diciembre)²⁴⁴. Asimismo, La Rioja y Canarias tienen pendiente de aprobación proyectos de ley con medidas específicas de protección para los MENA. El proyecto de ley riojano recoge la atención inmediata y asunción de la guarda provisional para representar al menor no acompañado en todos los trámites del artículo 35 LOEx (art. 75.3 proyecto de ley riojano)²⁴⁵. Y el proyecto de ley canario prevé, con carácter general para todos los menores, la guarda provisional y asunción de la tutela (arts. 48.4 y 51)²⁴⁶. En el caso canario, debido a la última

²⁴³ Art. 110.2 ley catalana 14/2010: «Cuando los niños y adolescentes inmigrados no acompañados no puedan acreditar documentalmente la minoría de edad o existan dudas sobre la veracidad de la documentación aportada, el departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes debe ofrecerles la atención inmediata que necesiten mientras se realizan las gestiones y los trámites establecidos por la legislación sobre extranjería para determinar su edad».

²⁴⁴ Art. 96.3 ley cántabra 8/2010: «Cuando la Administración de la Comunidad Autónoma, como entidad pública competente, considere que una persona menor extranjera no acompañada se encuentra en situación de desprotección grave que implique desamparo, actuará conforme a los arts. 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo su tutela, adoptando las medidas de protección oportunas y poniendo estas circunstancias en conocimiento del Ministerio Fiscal».

²⁴⁵ Art. 75.3 proyecto de ley riojana: «Si el menor abandonado o no acompañado fuera extranjero, tras prestarles la asistencia inmediata que precise asumiendo su guarda provisional, se tomarán las medidas que sean procedentes con arreglo a lo dispuesto en el art. 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social».

²⁴⁶ Art. 48.4 proyecto de ley canaria: «En los casos en que exista un grave riesgo para la persona menor de edad o cualquier otra causa que exija una intervención inmediata, la entidad pública, mediante resolución administrativa, podrá asumir, sin declaración de desamparo, ni solicitud expresa de progenitores o tutores, la guarda provisional del menor, prevista en el art. 172.4 del Código Civil, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, su situación de desamparo». Art. 51 proyecto de ley canario: «1. Sin perjuicio de lo

crisis migratoria de menores no acompañados, se ha modificado urgentemente la legislación de protección de menores regulando el derecho a la atención inmediata de los menores no acompañados de edad dudosa, pendientes de la determinación de la edad (art. 53.2 del DL 23/2020, de 23 de diciembre, por el que se modifica a normativa de atención a la infancia para adaptar los centros de atención inmediata como dispositivos de emergencia para el acogimiento de menores extranjeros no acompañados), y autorizando a empresas colaboradoras de la administración autonómica con competencia en protección de menores a gestionar centros de atención inmediata provisionales como pudieran ser los albergues juveniles, residencias de estudiantes, y establecimientos turísticos alojativos (Disposición adicional única del Decreto Ley 23/2020). Esta modificación tiene sentido, en cuanto que Canarias ha asumido vía estatuto de autonomía, la competencia de inmigración en lo relativo al establecimiento del marco de referencia para la acogida e integración de estos menores (art. 144.1, letra d, LO 1/2018, de 5 de noviembre). Esto implica que el proyecto de ley canario arriba referenciado tiene una gran posibilidad de aprobarse y regir en la materia que nos ocupa. De ahí deriva la importancia de mencionarlo.

Las comunidades autónomas mencionadas no son las únicas que han introducido cambios en sus leyes autonómicas. Aragón y Baleares también han modificado su normativa en la línea de lo establecido por las leyes estatales 26/2015 y 8/2015²⁴⁷. En concreto, la ley aragonesa ha asumido la declaración provisional de la situación de desamparo y asunción de la tutela *ex lege*

dispuesto en el art. 48.4 de la presente ley, y en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la entidad pública podrá asumir mediante resolución administrativa, sin necesidad de declarar la situación de desamparo ni de solicitud expresa de progenitores o tutores, la guarda provisional del menor prevista en el art. 172.4 del Código Civil, comunicándolo al Ministerio Fiscal y procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, su situación de desamparo. 2. La guarda provisional, mediante los correspondientes informes, cesará una vez se compruebe por la entidad pública la desaparición de las causas que motivaron su asunción o las circunstancias que la justificaron. La resolución administrativa de cese será notificada de manera inmediata, y en todo caso, en un plazo máximo de cinco días, a progenitores o tutores y comunicada al Ministerio Fiscal».

²⁴⁷ Antes de esta regulación el concepto de menor en situación de desamparo era un concepto jurídico indeterminado que apenas se distinguía del menor en situación de riesgo. Con la reforma del 2015 se empieza a discernir ambos conceptos y a definirlos en una norma con rango estatal incorporando las aportaciones realizadas desde la jurisprudencia y legislación autonómica. García Garnica, 2017: 1390.

(art. 60.2 ley 12/2001, de 2 de julio)²⁴⁸; y la ley balear ha regulado el trámite urgente para dictar resolución de guarda provisional o declaración de desamparo asumiendo la tutela cautelar (art. 135.1 ley 9/2019, de 19 de febrero)²⁴⁹.

Con base en todo lo anterior podemos afirmar que la reforma estatal del sistema de protección de la infancia y adolescencia del año 2015 ha sido esencial para propiciar cambios en las leyes autonómicas. Aunque queda pendiente la aprobación de otra reforma estatal que afecta a los MENA, referida a la asistencia en el procedimiento de determinación de la edad (proyecto de ley orgánica estatal de protección integral a la infancia y la adolescencia)²⁵⁰. Esta última ley estatal probablemente no llegue a aprobarse si se produce un cambio de gobierno en las próximas elecciones estatales. No obstante, queremos mencionarla porque hace visible la falta de protección cautelar y provisional del menor migrante no acompañado en los trámites de extranjería previos al acceso al estatus jurídico de minoría de edad.

En el sistema jurídico español vigente el MENA es quien debe probar *per se* su minoría de edad ante la administración pública española, y no al revés (art. 190 RLOEx). El Defensor del Pueblo, en el año 2017, propuso al Ministerio de Justicia y Ministerio Fiscal el establecimiento de la presunción de minoría de edad para los solicitantes de asilo cuya edad fuera dudosa y arribaran a los aeropuertos. Una recomendación que fue rechazada²⁵¹. Por el

²⁴⁸ Art. 60.2 ley aragonesa 12/2001: «En los casos en que exista un grave riesgo para el menor o cualquier otra causa que exija una intervención inmediata, se declarará provisionalmente la situación de desamparo y la entidad pública asumirá su tutela, adoptando cuantas medidas sean necesarias para asegurar su asistencia. Adoptadas dichas medidas, deberá iniciarse o proseguirse la tramitación del procedimiento». Este artículo obligaría a la declaración de desamparo provisional del MENA y asunción de su tutela por la administración pública aragonesa desde la llegada del MENA si se alega causa que necesita intervención inmediata.

²⁴⁹ Art. 135.1 ley balear 9/2019: «Cuando, de la primera información disponible o en cualquier momento de la instrucción del procedimiento, se constate la situación crítica en que se encuentra un niño, niña o adolescente, se considere la existencia de un riesgo grave e inminente para su integridad física o psíquica o se deduzca la necesidad de una intervención sin demora, el órgano competente podrá, con carácter de urgencia, dictar una resolución de guarda provisional o de declaración de desamparo y asunción de la tutela, si se cumplen los requisitos que establece el Código Civil».

²⁵⁰ España. Proyecto de LO de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de 8 de enero de 2019, p. 113.

²⁵¹ España. Defensor del Pueblo. Presunción de minoría de edad para solicitantes de asilo. Aplicar la presunción de minoría de edad en aeropuertos a solicitantes de protección internacional cuya minoría de edad pueda ser dudosa, Recomendación dirigida al Ministerio de Justicia y Ministerio Fiscal de fecha 12/07/2017. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/presuncion-de-minoria-de-edad-en-las-solicitudes-de-proteccion-internacional-en-aeropuertos/> [consultada a 8 de febrero de 2019].

contrario, en el sistema salvadoreño sí está regulada la presunción de minoría de edad en el artículo 4 LEPINA²⁵², la cual se aplica tanto a los menores nacionales como a todos los menores extranjeros que se encuentren bajo la jurisdicción salvadoreña (art. 6 LEPINA). Una presunción que nos parece fundamental y básica para acceder al estatus de minoridad y al asilo (Arce Jiménez, 2018: 14).

Entre las vulneraciones de derechos humanos que sufren estos menores por su condición de no nacional, como ya hemos comprobado, está su derecho a la asistencia letrada y a la tutela o representación, aunque sea de manera provisional, en el procedimiento de identificación y confirmación de su minoría de edad. Nuestra objeción sobre el sistema de representación y sobre el procedimiento de determinación de la edad en España ha sido ratificada recientemente por el propio Comité de los derechos del niño, en su dictamen de fecha de 27 de septiembre de 2018. El Comité de los derechos del niño, en el dictamen mencionado afirma que

la determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental, dado que el resultado determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional como niño o será excluido de dicha protección. Por ello, es imperativo la existencia de un proceso debido para determinar la edad, así como de la oportunidad de cuestionar el resultado mediante procesos de apelación. Mientras dichos procesos siguen abiertos, deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña. Se están vulnerando los arts. 3 y 12 de la CDN con la falta de consideración del interés superior del menor al no presumir la minoría de edad y al no designarle un tutor o representante durante el procedimiento de determinación de la edad²⁵³.

En nuestra opinión, todas las lagunas legales en torno al debido proceso legal de los menores no acompañados, en España, demuestran que la legislación de extranjería sigue utilizando la vieja doctrina de la situación irregular,

²⁵² Art. 4 LEPINA: «En caso de existir duda sobre la edad de una niña, niño o adolescente, se presumirá niña o niño antes que adolescente. En el caso que la duda fuese sobre si la persona es adolescente o mayor de edad, se presumirá adolescente. La edad de la persona será determinada por el juez competente conforme a esta Ley, mediante las pruebas pertinentes».

²⁵³ ONU. Comité de los derechos del niño. Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 11/2017.

al igual que algunas comunidades autónomas. Una vieja doctrina que debería haberse superado puesto que representa vestigios del pasado²⁵⁴. También cabe criticar el rol desempeñado por el Fiscal General del Estado, quien la mayoría de las veces actúa en estos supuestos frente a los intereses del menor no acompañado, y no con la finalidad de proteger sus derechos. Por el contrario, en El Salvador, el Procurador General de la República es quien asume la representación legal del menor no acompañado solicitante de asilo desde el momento en que el menor expresa que quiere solicitar asilo (art. 57 Reglamento de la Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas), si bien no tiene competencia para decretar la minoría o mayoría de edad del menor extranjero. Siendo lo esencial la presunción de minoría de edad y la obligación de protección de todo aquel menor que se encuentre en su territorio con independencia de cuál sea la nacionalidad del menor o el lugar de residencia habitual de éste (arts. 4 y 6 LEPINA).

b) Falta de tutor/representante

En España, durante el procedimiento de detención e identificación del perfil del menor migrante en frontera (esto es, desde su llegada hasta la asunción de la tutela *ex lege* por la autoridad autonómica competente), el Ministerio Fiscal puede o no suplir las funciones del tutor o representante legal del menor. Nuevamente, y en función del artículo 15.1 del Convenio de La Haya de 1996, resulta aplicable la ley española. Y debemos recordar que la figura del asesor legal, tutor/representante del presunto menor no acompañado, como medida específica y cautelar de protección no existe, ni en la legislación esta-

²⁵⁴ «En Latinoamérica la práctica en las detenciones de los niños inmigrantes irregulares varía: en Paraguay, Nicaragua, el Salvador y Belice se considera la detención de migrantes (sin perjuicio de la edad) como sanción penal. En Argentina, Colombia, Cuba, Ecuador y República Dominicana se dispone la detención como la única medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios de deportación o expulsión. En Brasil y Chile la legislación prevé medidas alternativas a la detención, aunque sin establecer prioridad alguna, como la libertad vigilada, la permanencia en una localidad determinada y la comparecencia en sede policial. En Costa Rica sí se prevé que primero se ejecuten medidas menos gravosas que la detención, tales como: presentación y firma periódica ante las autoridades competentes, orden de aprehensión, caución, decomiso temporal de documentos y detención domiciliaria. En Argentina se reconoce la posibilidad de disponer de la libertad bajo caución si no se puede ejecutar la expulsión luego de un plazo prudencial. En Panamá la normativa prevé que la detención sólo puede aplicarse a los mayores de 18 años. Y Venezuela no permite la privación de libertad a los niños migrantes irregulares ni adultos mayores por razón de su estatus migratorio». Ortega Velasquez, 2015: 209-210.

tal de protección de menores, ni en la de extranjería. En España las garantías específicas que se deberían conceder a los MENA por razón de su mayor vulnerabilidad son sustituidas, por regla general, por las que se otorgan a los «menores en situación de desamparo», una vez que se corrobora que no pueden ser retornados (Flores González, 2018: 352). Esto supone dejar a los menores sin tutela o representación durante un largo período de tiempo.

La inexistencia en la normativa española de la figura del tutor/representante del menor no acompañado nos ha sorprendido, dado que en el marco de la UE y en las directivas analizadas se ha instado a los Estados miembros a crear las garantías de protección específicas mencionadas²⁵⁵.

También, a través de normas no vinculantes, se recomienda a los estados miembros de la UE la creación de la figura del tutor del menor no acompañado. En ese sentido, la Agencia de los derechos fundamentales de la UE desde el año 2018 está destacando, incluso, la importancia de la figura del tutor en un sistema de protección para los menores que se ven privados de su entorno familiar. Considera que esta figura es clave para salvaguardar el interés superior del menor y el bienestar general del niño, así como para complementar su capacidad jurídica, cuando sea necesario, tal y como lo harían sus padres. A pesar de ello, destaca que los sistemas de tutela actuales no proporcionan el apoyo y la protección adecuados a los menores no acompañados. Denuncia que a algunos de estos menores no se les proporciona un tutor y, con mucha frecuencia, los tutores asignados no tienen contacto personal con los niños y no los conocen en persona. Los sistemas nacionales de tutela presentan vacíos jurídicos y desafíos con respecto a los largos procedimientos de designación del tutor para menores migrantes no acompañados, la disponibilidad limitada de tutores independientes y cualificados, la falta de formación sistemática de tutores y la falta del apoyo necesario tanto a los menores como a los tutores, incluido el acceso al asesoramiento jurídico (UE. Fra, 2018: 1). En esa misma línea, el Comité económico y social de la UE en el «Dictamen sobre la protección de los menores migrantes no acompañados en Europa», prevé la posible creación de una Directiva relativa a la protección de los MENA cuyo fin último sea el interés superior del menor. Una norma europea que empujaría

²⁵⁵ Derecho europeo a la tutela o representación del menor no acompañados recogido en art. 24.1 de la Directiva 2013/33/UE, art. 31.1 de la Directiva 2011/95/UE, arts. 8.4 y 8.5 b, y 25 de la Directiva 2013/32/UE, y art. 10 c Directiva 2004/81/CE y arts. 16.3 y 16.4 de la Directiva 2011/36/UE.

a los Estados a crear una ley estatal específica de protección para los menores no acompañados²⁵⁶.

Ante esta situación nos preguntamos si España y El Salvador deberían tomar como ejemplo la normativa de otros Estados que sí recogen expresamente la figura del tutor para el niño y niña inmigrante privado de su entorno familiar en su sistema tutelar, dado que ninguno de ambos países considera la tutela como una institución al servicio de esta tipología de menor, el inmigrante no acompañado.

A pesar de ello, en el caso español observamos una regulación jurídica que podría utilizarse de base de cara a generar una protección específica para los menores no acompañados. Nos referimos a los artículos 222, apartados 1 y 4, y 239 del Cciv²⁵⁷, los cuales prevén dos tipos de tutela: la ordinaria y la automática (o administrativa o por ministerio de la Ley). Cualquiera de las dos serviría atendiendo a las particularidades específicas de cada menor y a la finalidad perseguida en cada tipo de tutela. En ese sentido, debemos señalar que, la tutela ordinaria se otorga, siempre que atienda al interés superior del menor, a una persona física con la que el menor mantenga algún tipo de relación familiar o afectiva. Por el contrario, la tutela administrativa suele ser asumida por una Institución española al corroborar que el menor se encuentra en situación de desamparo (Moretón Sanz, 2016: 271)²⁵⁸.

En este segundo caso, quien asume la tutela es la entidad autonómica competente y la guarda la tendría una persona física a través del acogimiento familiar, o bien el director del centro de acogida mediante el acogimiento residencial (Sánchez Hernández, 2017: 134-138).

²⁵⁶ DOUE C 429/24, de 11/12/2020.

²⁵⁷ El art. 222, apartados 1 y 4, del Cciv español dispone que «estarán sujetos a tutela: 1º los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; y 4º Los menores que se hallen en situación de desamparo». Y el art. 239 del Cciv dispone: «1. La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública. 2. No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste. En estos supuestos, previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso. 3. Estarán legitimados para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados al ejercicio de la tutela». BOE núm. 206, de 25/07/1889.

²⁵⁸ La declaración de desamparo era un concepto jurídico indeterminado como la situación de riesgo antes de la reforma del año 2015 del sistema de protección de la infancia y adolescencia ya mencionado. (Moretón Sanz, 2016).

La figura del tutor está prevista en la legislación española, pero no se concede cuando se detecta un niño o niña migrante no acompañado en situación de desamparo, en frontera o en el territorio nacional. Este vacío es preocupante, más aún cuando también lo observamos en el proyecto de LO de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de 8 de enero de 2019.

Sin embargo, otros Estados como Italia, Suiza, y Francia, sí han regulado nuevas figuras de protección específica de los MENA como son, por ejemplo, el tutor voluntario (Cear, 2017b: 25-26), el representante legal (Suiza. Service Social International, 2017: 158), y el *administrateur ad hoc* (Martínez Mateo, 2019: 83-106). Medidas de protección cautelares y específicas que se identifican con el derecho a la tutela efectiva del menor extranjero privado de cuidados parentales y que vienen, como ya hemos mencionado, contempladas en la legislación de extranjería de la UE.

Tampoco se les concede a estos menores el acceso a un representante imparcial e independiente que les defienda ante situaciones en las que pueda existir conflicto de intereses entre ellos y la Administración, y que los tutele como lleva a cabo el defensor judicial. Por tanto, cabe afirmar que están en situación de indefensión, y, por esta razón, más propensos a sufrir vulneraciones en sus derechos (Perazzo Aragonese y Zuppiroli, 2018: 83-84).

En el caso de El Salvador, los menores no acompañados podrían ser equiparados a los menores desprotegidos, según el artículo 348 del Código de Familia salvadoreño²⁵⁹, el cual desplaza su protección al Estado, quien asume la responsabilidad de protegerlos. Entendemos por similitud, con el ordenamiento jurídico español, que el «menor extranjero no acompañado» en cualquiera de sus categorías jurídicas (refugiado o víctima de trata) es un menor desamparado al que hace referencia el artículo 348 del Código de familia. No obstante, consideramos que también podrían clasificarse como menor abandonado, huérfano o de filiación desconocida a los que hace alusión el artículo

²⁵⁹ El art. 348 del Código de Familia salvadoreño dispone que «el Estado asume la responsabilidad de proteger a todos los menores y de manera especial a los que se hallen amenazados y violentados en sus derechos y al menor infractor, a los discapacitados y minusválidos; a los desamparados por carecer su familia de los medios de subsistencia que satisfagan sus necesidades básicas; a los afectados por conflictos armados, desplazados y repatriados; y en general a todos aquellos menores que se encuentren desprotegidos. También deberá proteger a la mujer embarazada, particularmente si fuere menor o abandonada, y en general a la madre, cuando asume sola la responsabilidad de sus hijos». DO núm. 231, tomo 321, de 13 de diciembre de 1993.

174 del Código de Familia. En este caso, el artículo 274 del Código de Familia regula tres modalidades de tutela: la testamentaria, la legítima y la dativa²⁶⁰.

En el caso de los menores extranjeros no acompañados entendemos que, por tratarse de menores que no tienen familiares de su entorno en el país, el tipo de tutela que les correspondería sería la dativa. Esto es, solo el juez puede decidir sobre el establecimiento de una tutela para este tipo de menor, y la figura del tutor asumiría el cuidado y protección del menor, así como su representación legal, con excepción de los menores abandonados, huérfanos, y de filiación desconocida, cuya representación legal le corresponde al Procurador General de la República en actos como, por ejemplo, la contracción de matrimonio (art. 18, inciso segundo, Código de Familia), o en la expedición de pasaporte y autorización de viajes fuera del país (art. 44 LEPINA).

La representación legal del Procurador General de la República sobre el menor no acompañado viene, asimismo, establecida expresamente para niñas y niños no acompañados solicitantes de la condición de refugio, en el artículo 57 del Reglamento de la Ley para la determinación de la condición de las personas refugiadas; aunque nada se dice sobre quién asume su tutela. En la ley especial contra la trata de personas tampoco se regula quién debe asumir la tutela y la representación legal de las menores extranjeras no acompañadas y víctimas de trata.

Una vez expuestos los tipos de representación y tutela en España y en El Salvador, así como la ausencia de medidas cautelares de protección específica para MENA, pasamos a preguntarnos si debería ser el Ministerio fiscal, en el caso español, quien asumiera las funciones de tutor desde la llegada del menor migrante no acompañado hasta que se dicte la declaración de desamparo, y se asuma la tutela *ex lege* por la administración pública competente. En atención a la información antes expuesta, creemos que no es la persona adecuada, por el conflicto de intereses que existe entre la defensa y protección del menor y las funciones de control que lleva a cabo.

Para precisar las funciones que debe llevar a cabo el tutor, nos atenemos a lo dispuesto, por una parte, por la Agencia europea de derechos fundamentales (Fra), y, por otra parte, a las directivas que regulan la

²⁶⁰ El art. 274 del Código de familia salvadoreño: «La tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa. Es testamentaria la que se constituye por testamento; legítima, la que se confiere por la ley; y dativa, la que confiere el juez».

representación y/o tutela del menor no acompañado²⁶¹, ya mencionadas. La Fra afirma que

entre las funciones principales del tutor estarían garantizar y asegurar el bienestar del menor, proteger el interés superior del menor, ejercer la representación legal y complementar la limitada capacidad jurídica del menor. Recuerda a los estados que están obligados, en base a los arts. 19 y 20 de la CDN y a las Observaciones Generales núms. 6 y 13 del Comité de los derechos del niño, a crear un sistema de protección y apoyo a la infancia integrado y basado en derechos. La designación de un tutor sería la medida prioritaria a adoptar en los Estados parte de la CDN. Se deben adoptar todas las medidas necesarias para prevenir toda forma de violencia contra los niños. (UE. Fra, 2015: 17-18)

De la lectura de las directivas deducimos que el tutor debe ser alguien ajeno a la administración pública, y en ocasiones, distinto a la figura del representante, y del representante legal. En ese sentido, debemos destacar que el artículo 16, apartados 3 y 4 de la Directiva 2011/36/UE dispone que

los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, cuando proceda, se nombre un tutor para cada menor no acompañado víctima de la trata de seres humanos. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en las instrucciones y procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en su correspondiente ordenamiento jurídico, las autoridades competentes designen un representante cuando el menor no vaya acompañado o haya sido separado de su familia.

Como podemos deducir de todo lo anterior, las funciones del tutor no pueden ser asumidas por el Ministerio Fiscal, sino que se deberá nombrar a un defensor judicial para cada acto concreto, como es, por ejemplo, el procedimiento de determinación de edad, o bien designar a un guardador de hecho con funciones tutelares para aquellos casos en los que no quepa la declaración de desamparo del menor, o bien crearse una nueva figura de protección provisional de los MENA, nombrado por la entidad pública autonómica: el tutor/representante provisional. Este asumirá la representación de los intereses del menor desde

²⁶¹ Art. 16.1 de la Directiva 2001/55/CE, art. 24.1 Directiva 2013/33/UE, art. 31.1 Directiva 2011/95/UE, arts. 25.1 y 25.2 Directiva 2013/32/UE, art. 10 c Directiva 2004/81/CE, y arts. 16.3 y 16.4 Directiva 2011/36/UE.

su llegada hasta que se decida sobre su retorno, permanencia, reunificación familiar en un Estado miembro de la UE o nombramiento de un tutor ordinario. La finalidad de esta figura es evitar riesgos, daños y múltiples violencias.

La razón principal para que el tutor sea alguien ajeno a la administración pública está en que cualquier servidor o entidad públicos puede tener intereses, en atención a su función pública, que pueden entrar en conflicto con los intereses de los menores no acompañados. Asimismo, estimamos que la competencia del Ministerio Fiscal para la determinación de la edad de los niños extranjeros es totalmente contradictoria con las funciones esenciales de la tutela de un menor no acompañado determinadas en el derecho de la UE²⁶². Para hacer frente a todas las dudas que la situación plantea lo ideal sería disponer de un protocolo de determinación de la edad que se aplicará en todo el territorio, con carácter multidisciplinar, y respetuoso con los derechos humanos (ONU. Comité de los derechos del niño, 2018: 14). La desprotección del menor no acompañado que, en muchas ocasiones se produce, es debida a su no consideración como un sujeto con derechos a proteger de forma prioritaria por su condición de menor, y por no aplicar el interés del menor en cualquier decisión que le afecte. Unas exigencias difíciles de satisfacer cuando en actuaciones tan importantes como es la localización del menor no acompañado, identificación, determinación de la edad, puesta a disposición de los servicios de protección de menores, incluso, la repatriación, se realizan sin el nombramiento de un tutor y representante legal ajeno a la administración pública (Sánchez Jiménez, 2012: 173-210).

c) Ausencia de un procedimiento de apelación

En España, que sea el Ministerio Fiscal quien tenga la responsabilidad de determinar la edad del menor, no existiendo la presunción de la minoría de edad, no resulta adecuado. En el caso salvadoreño, que sí existe la pre-

²⁶² «La legislación de la UE prevé el nombramiento de un representante para los menores no acompañados que soliciten protección internacional (Directiva sobre los procedimientos de asilo, art. 25). También protege los derechos de las víctimas infantiles en las investigaciones y los procesos penales, en los que, con arreglo al derecho nacional, los titulares de la patria potestad no están facultados para representar al menor debido a la existencia de un conflicto entre sus intereses y los de la víctima infantil (art. 15.1, de la Directiva de lucha contra la trata [2011/36/UE]; art. 20 de la Directiva relativa a la lucha contra el abuso sexual de los menores [2011/93/UE]; art. 24 de la Directiva sobre las víctimas [2012/29/UE]. Y art. 2, letra j, de la Directiva sobre las condiciones de acogida [2013/33/UE])» (UE. Fra, 2015: 40-41).

sunción, el juez es el único competente para establecer la edad exacta de la persona a fin de proporcionarle el trato más justo y adecuado a su nivel de desarrollo humano. Para determinar la edad, el juez puede requerir al Instituto de Medicina Legal un examen de edad media²⁶³. En el caso español, el Ministerio Fiscal es quien solicita la colaboración de las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas que realizan las pruebas de determinación de la edad, pero solo con la finalidad de determinar la mayoría de edad y evitar que el menor sea beneficiario del sistema de protección de menores (Lafont Nicuesa, 2018).

En el procedimiento de determinación de la edad del menor no acompañado en España, existe la siguiente laguna legal a pesar de tener atribuida el fiscal la competencia de determinar la edad exacta del MENA a través de la ley de extranjería, carece de la correlativa competencia para ordenar a las autoridades sanitarias de todas las comunidades autónomas que realicen dichas pruebas²⁶⁴. Se podría dar el caso de establecer erróneamente, por decreto, la mayoría de edad con pruebas poco fidedignas, lo que resulta especialmente grave dada la falta de apelación frente a dicho decreto.

El TSJ de Madrid se ha pronunciado sobre la no recurribilidad del Decreto de mayoría de edad en su sentencia número 458/2018, de 5 de julio, al afirmar que «el Decreto del Fiscal no es recurrible porque no es un acto administrativo al no ser el Fiscal Administración», y en su sentencia número 622/2018, de 23 de julio al disponer «la actuación impugnada no ha tenido reflejo en el orden contencioso en forma de una expulsión administrativa» (España, Fiscalía General del Estado, 2019: 6). Asimismo, el Fiscal General del Estado ha afirmado que solo cabe un recurso de revisión frente a él mismo (Consulta 1/2009 y Protocolo MENA), y una revisión del Decreto vía jurisdiccional mediante la impugnación de alguno de los efectos que provoca este Decreto, como, por ejemplo, el internamiento en un CIE de un presunto menor de edad. Si el órgano judicial lo estima conveniente, revisará tal Decreto y lo modificará mediante una resolución judicial. Cuando esta resolución es firme, el Fiscal deberá revisar su Decreto de conformidad con la sentencia o

²⁶³ Información obtenida mediante entrevista a jueza especialista en infancia y adolescencia.

²⁶⁴ España. Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado. Nota interna núm. 2/2018 sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad.

auto que se lo comunique, y tendrá que notificarlo inmediatamente al Registro de MENA²⁶⁵. Esta situación la estimamos criticable porque provoca que el presunto adolescente, mientras resuelve la autoridad judicial, esté en un CIE internado, en vez de en un centro de protección de menores, que es donde le corresponde estar por su condición de menor.

El internamiento de un presunto MENA en un CIE es factible, en cuanto que las funciones de los jueces de control de estancia están definidas con carácter indeterminado (art. 62.6 LOEx), lo que genera situaciones de conflicto con los juzgados de instrucción que acuerdan el internamiento del extranjero indocumentado. El Fiscal General del Estado apuesta por la dotación de nuevas competencias al Juez de Control de Estancia para evitar la dilación de la puesta en libertad del MENA internado y su pronta puesta disposición del servicio de protección de menores²⁶⁶, pero no parece razonable que el Ministerio Fiscal, única institución estatal que defiende y representa a los menores abandonados en España de manera provisional, sea a la vez quien puede poner en riesgo los derechos de estos menores abandonados o en situación de riesgo hasta que acceden al sistema de protección de menores. Estos menores son los MENA.

Todas estas situaciones han llevado al Comité de los derechos del niño a manifestar su preocupación respecto a que sea el Fiscal General quien esté facultado para emprender los procedimientos de determinación de la edad de estos niños extranjeros no acompañados en virtud de legislación de extranjería española²⁶⁷.

4.3. Retorno ineficaz y protección parcial de los MENA

Este apartado pretende demostrar las vulneraciones de las garantías y derechos de los MENA desde que las autoridades migratorias o de seguridad ponen al menor a disposición, en el caso español, de los «servicios de protección de menores», y, en el caso salvadoreño, de la «junta de protección».

²⁶⁵ España. Unidad de Extranjería. Fiscalía General del Estado. Nota interna núm. 2, 2018: 3-4.

²⁶⁶ España. Fiscal General del Estado. Memoria actividad del Ministerio Fiscal, 2017, p. 545; y Memoria actividad del Ministerio Fiscal, 2018, pp. 630 y 631.

²⁶⁷ ONU. Comité de los derechos del niño. Observaciones Finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, 5 de marzo de 2018, 2018, pp. 14 y 15.

4.3.1. Retorno del menor no acompañado: ¿Protección o control del flujo migratorio de niñez migrante?

El procedimiento de retorno se inicia como consecuencia de no haber sido identificado el perfil del menor migrante por las autoridades, lo que conduce, en España, a que sean tratados como cualquier MENA que no cumpla con los requisitos para ser solicitante de asilo o víctimas de trata (Protocolo MENA). En estos casos los menores quedan a merced de la administración del Estado, quien decidirá si permanece en España o si vuelve a su país de origen o a un tercer Estado donde se encuentren sus familiares. Y, de la administración autonómica, quien asume la guarda de hecho mientras la administración del Estado decide el retorno o permanencia del menor, y más tarde la tutela del menor mediante la declaración de desamparo, de aquellos que queden en España (Durán Ruiz, 2008: 432-447). El procedimiento de retorno ha sido regulado en España, existiendo una amplia doctrina al respecto.

El procedimiento de repatriación del menor está expresamente previsto en la legislación y en la normativa organizativa (art. 10 de la Directiva 2008/115/CE, art. 35.8 LOEx, y arts. 191-195 RLOEx, Protocolo MENA 2014). Los menores no acompañados indocumentados que han pasado por el proceso de determinación de la edad y se les ha asignado protección internacional o la condición de víctima de trata, se les aplica, en primer lugar, el procedimiento de extranjería ordinario de MENA (arts. 35 LOEx, y 189-198 RLOEx), y, posteriormente, el procedimiento de protección de los menores en situación de desamparo, para aquellos a los que no se les puede retornar. Como ya hemos dicho de forma reiterada, prima la condición migratoria sobre la condición de menor, hasta el punto de intentar activar el procedimiento de repatriación del MENA, incluso después de la obtención de la residencia en el Estado de acogida, y de asumida la guarda provisional o tutela legal del menor no acompañado por parte de la administración pública.

La retórica que impregna la normativa española de extranjería y la práctica administrativa en el procedimiento de repatriación del MENA es que el interés superior del menor está en su reintegración familiar, presente o futura, en su país de origen, si su familia se encuentra allí o existen servicios de protección del menor que se hagan cargo de este. Este interés del menor no acompañado también está en su reintegración familiar en un tercer Estado

donde se hallen sus familiares (Martínez Atienza, 2017). En definitiva, el fin es reintegrarlo en su entorno familiar y sociocultural fuera de las fronteras españolas (art. 35.5 LOEx y Protocolo, capítulo 1, apartado tercero, numeral segundo).

Un procedimiento que puede suponer una medida de expulsión o devolución encubierta, ya que la decisión sobre el retorno o la repatriación de los menores, al igual que ocurre con los adultos irregulares, la toman las autoridades administrativas y no, como ahora ocurre en El Salvador, un juez especializado en infancia y adolescencia (Ruiz Legazpi, 2010: 32-216).

Ahora bien, aunque el objetivo del Estado español sea retornarlos, la mayoría de los MENA que llegan a España son menores de imposible repatriación, entre otras causas por la pluralidad de factores que han de coincidir para que se pueda llevar a cabo la repatriación. La última decisión del retorno del MENA la tiene la Delegación o Subdelegación de la provincia donde el menor permanece, pero para que esta decisión se adopte deberán tenerse en cuenta los siguientes factores:

- el derecho a ser escuchado²⁶⁸;
- el informe de la representación diplomática del país de origen del menor sobre la situación del menor;
- información de la administración autonómica donde esté el menor sobre las medidas de protección que haya adoptado sobre este menor y la información sobre el menor y su familia que haya podido obtener;
- informe de los servicios de protección de menores sobre si la repatriación favorece el interés superior del menor, o no²⁶⁹;
- informe del Ministerio Fiscal sobre si está de acuerdo, o no, con la repatriación o la adopción de tal u otra medida de protección;
- el interés superior del menor;

²⁶⁸ Existe una diferencia entre el derecho a ser oído y derecho a ser escuchado en el procedimiento de repatriación del MENA. El primero no implica la obligación de tomar la posición de la persona oída. El segundo, conlleva que se ha atender a lo escuchado y razonar la decisión que se tome. Un derecho que ha sido usualmente obviado por la administración pública cuando se trata de este tipo de menor. Arce Jiménez, 2018: 3.

²⁶⁹ Los servicios de protección de menores emiten un informe con carácter previo a la iniciación del procedimiento. Después se vuelven a pronunciar en el trámite de alegaciones sobre la conveniencia de la repatriación, o no. No obstante, este informe no tiene carácter vinculante. Flores González, 2018: 344.

- necesaria localización de la familia del menor o, en su defecto, de los servicios de protección de menores de su país de origen²⁷⁰;
- en el caso de que la familia no se haga cargo de él, compromiso por escrito de asumir la responsabilidad sobre este menor de los servicios de protección de menores del país de origen (Puerta Vílchez, 2017: 2800-2999);
- respeto a la vida, integridad física o psíquica y derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país (Instrucción 6/20004 de la Fiscalía General del Estado);
- y evaluación del riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares (art. 19.5 bis LOPJM) (López de los Mozos Díaz-Madroño, 2013: 428-429).

Una vez tenidos en cuenta todos estos factores, lo más probable es que se convierta en un menor de imposible repatriación, y otras veces se propondrá la repatriación, pero ésta no podrá ejecutarse (Hadjab Boudiaf, 2016: 83-84). En ambos casos el menor extranjero no acompañado pasará a clasificarse como «menor en situación de desamparo», sobre el que recaerán una serie de medidas de protección adoptadas por el servicio de protección de menores autonómico, hasta que alcance la mayoría de edad.

Prueba de la ineficacia del procedimiento de repatriación es el escaso número de repatriaciones realizadas. Entre el año 2004 y 2008 solo se hicieron 114 retornos forzados (59 en el año 2007 y ninguno en el año 2008) (Ecre y Save The Children, 2011: 90-118); en 2014 se hicieron 2 repatriaciones a Rumanía; en 2015, una repatriación a Rumanía y otra a Afganistán; en 2016, un total de 5 repatriaciones a Argelia, Rumanía y Albania²⁷¹; en 2017, unas 10 repatriaciones a Albania, Alemania, Argelia, República del Congo, Rumanía

²⁷⁰ Este criterio para la concesión de la repatriación proviene del art. 92 Reglamento de extranjería 864/2001. Flores González, 2018: 343.

²⁷¹ En el año 2016 los retornos voluntarios de MENA en Bélgica fueron 17, en Chipre 2, en Alemania 170, en Italia 9, en Noruega 14, en Lituania 1, en Eslovenia 6, Finlandia tuvo 20 retornos voluntarios y 10 forzados, Luxemburgo 1 voluntario y 21 forzados, Suecia 103 voluntarios y 21 forzados, Suiza 22 voluntarios y 2 forzados, Holanda 60 voluntarios y 10 forzados, Croacia 70 retornos forzados. República Checa, República Eslovaca, Malta, Hungría y Estonia no tuvieron retornos de MENA en el 2016. Y España, en el 2016, tan solo realizó 5 retornos forzados de MENA, que no eran solicitantes de asilo, 4 de los 5 fueron a parar a Albania y 1 a Argelia (European Migration Network, 2017: 2-14).

y Paraguay²⁷²; y en 2018, se hicieron 4 repatriaciones a Argelia y Rumanía. A pesar de las bajas cifras, España hace todo lo posible para ejecutar el mayor número de repatriaciones, para conseguirlo ha adoptado tres acuerdos, con los principales países emisores de niñez migrante no acompañada: Rumanía, Senegal, y Marruecos (Trinidad Núñez, 2010: 239-274). En el caso de Marruecos, se estuvieron financiando centros de protección de menores dentro del territorio marroquí, para acoger a los MENA marroquíes retornados. Estos son los casos de Nador, Beni Mellal, Tánger, Marrakech, Agadir y Sidi Ifni. Estos hechos nos permiten decir que existe la tendencia a exteriorizar las fronteras en terceros países para gestionar los flujos migratorios, incluso de la niñez migrante no acompañada. Una práctica que promueve la política migratoria de la UE (Ruiz Legazpi, 2010: 208-210). No obstante, estas repatriaciones han ido reduciéndose hasta no existir en el año 2019 casi ninguna. En ese año, la mayoría de las repatriaciones realizadas fueron de rumanos y subsaharianos²⁷³.

Criticamos que la decisión por parte de la Administración General del Estado sobre el retorno del MENA, como medida de protección equiparable al derecho a la reagrupación familiar del menor extranjero no acompañado en su país de origen o en un tercer Estado donde se hallen sus familiares, es ante todo una medida sustitutiva de expulsión, que no toma en cuenta el interés superior del menor y su derecho a ser escuchado (Fabrega Ruiz, 2001: 123).

Las repatriaciones pueden tener graves repercusiones en los derechos humanos de estos menores. Por ejemplo, Marruecos no tiene un sistema de protección de menores de emigrantes retornados y penaliza a aquellos menores marroquíes que han emigrado ilegalmente a España y son retornados, pues los trata como delincuentes (Dinamarca, 2017). Para finalizar diremos que la mayoría de los MENA que llegan a España, o incluso a Europa, logran permanecer, con independencia del estatus jurídico que se les otorga, como beneficiarios del sistema de protección de menores en el Estado de acogida, si bien no equiparándolos a los menores nacionales.

En El Salvador, no existe una norma con rango de ley que regule el procedimiento de retorno de los MENA. Hasta hace poco la práctica administrativa habitual era el rechazo en frontera o la expulsión del menor extran-

²⁷² Información obtenida mediante solicitud previa por el Portal de Transparencia.

²⁷³ El Acuerdo con Marruecos nunca ha llegado a aplicarse. Una información obtenida mediante una entrevista a la brigada de extranjería y fronteras que no he publicado.

jero como sanción por ingreso ilícito en el país (art. 60 Ley de migración). La institución del retorno aparece por primera vez en el año 2014, para referirse exclusivamente a las víctimas de trata, sin hacer mención alguna a los menores extranjeros no acompañados (Ley especial contra la trata de las personas). Y es en 2018 cuando se empieza a regular, pero no con una norma con rango de ley, sino de carácter organizativo (Protocolo de actuación y articulación para la atención y protección de niñas, niños, y adolescentes migrantes extranjeros para referirse a todos los menores extranjeros no acompañados). Por consiguiente, existe un vacío legal en torno al procedimiento de retorno o repatriación del menor extranjero no acompañado.

En El Salvador, lo difícil es entrar y permanecer en el país. Los únicos menores extranjeros no acompañados que permanecen en El Salvador y no son retornados o repatriados son los solicitantes de asilo por un año mientras se resuelve su solicitud de asilo (arts. 38 y 39 Reglamento de la ley para la determinación de la condición de personas refugiadas). Si se resuelve favorablemente, accederán al estatus de refugiado (art. 49 LEPINA) y a la residencia definitiva con posibilidad de acceso a la nacionalidad salvadoreña (art. 47 Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas y art. 55 Reglamento de la ley para la determinación de la condición de personas refugiadas). Los menores no acompañados y víctimas de trata continúan en el país hasta terminar el procedimiento penal con una residencia temporal de un año prorrogable por otro año (art. 37 Ley especial contra la trata de personas).

Para entender cómo se realiza el procedimiento de retorno al país de origen o a un tercer país de los menores extranjeros no acompañados que llegan a El Salvador, hemos tenido que consultar la información disponible en el «portal de transparencia» de El Salvador, y preguntar a algunos de los funcionarios que trabajan sobre el tema. Como resultado de estas informaciones cabe decir que la unidad jurídica de la DGME tiene atribuida por normativa organizativa interna la competencia de «coordinar con las demás instituciones intervinientes los procesos de repatriación de niñas, niños, y adolescentes no acompañados»²⁷⁴. Y se nos advierte que la DGME quiere apropiarse de todas las competencias en el procedimiento de retorno del menor extranjero no acompañado, pero el sistema de protección de menores no se lo permite. In-

274 Información disponible en: <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/dgme/documents/209587/download> [consultado a 11 de enero de 2019].

cluso se nos informa, durante nuestra estancia en El Salvador, que la OIM es quien paga los boletos de los niños y niñas extranjeros no acompañados cuando se trata de centroamericanos. No así cuando la repatriación se realiza a un país de Sudamérica o a otro continente. En este segundo caso se activa con la embajada o consultado un procedimiento para que sean ellos mismos quienes se hagan cargo de los retornos. Y no existe recurso ante la decisión de retorno.

La mayoría de los casos de repatriaciones corresponde a guatemaltecos, nicaragüenses, hondureños. Raras veces se han hecho a Panamá o Costa Rica. Se nos dice que la ruta migratoria que suelen realizar los inmigrantes irregulares es Costa Rica-Nicaragua-Honduras-El Salvador-USA. Y que la Ley de migración y extranjería vigente otorga la potestad a la DGME para dictar una resolución de expulsión. Cuando son detectados estos inmigrantes irregulares, los cuales han entrado por puestos no habilitados, son llevados al Centro de protección del migrante (CAIM), y expulsados al tercer país por donde ingresaron irregularmente a El Salvador. En ocasiones, este tercer país es Honduras²⁷⁵.

A la luz de estas informaciones, la política, legislación, y práctica administrativa salvadoreña utiliza la doctrina de la situación irregular, para conseguir la expulsión de los menores no deseados, incluso en casos de trata. Esto explica que solo un 3% de los menores extranjeros no acompañados atendidos en el ISNA, entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de marzo de 2017, hayan accedido al estatus de refugiado o al de víctima de trata.

4.3.2. Protección parcial del menor no acompañado

Debemos comenzar recordando que es a partir de la reforma del sistema de protección de menores del año 2015, cuando en España se hace mención expresa a los menores extranjeros no acompañados (LOPJM). Un término, el de MENA, tomado de la normativa de extranjería (LOEx y RLOEx). Sin embargo, en el ordenamiento jurídico salvadoreño la normativa de protección de niñez y adolescencia salvadoreña siempre ha hecho alusión a los niños, niñas, y adolescentes extranjeros que se encuentren en su territorio (LEPINA).

²⁷⁵ Información obtenida mediante la entrevista realizada a un funcionario salvadoreño relacionado con la infancia y adolescencia salvadoreña.

Para cierto sector de la doctrina España no está proporcionando un trato igualitario a todos los menores sin distinción en el acceso al sistema de protección (Álvarez Vélez, 2016: 123-130; Claro Quintáns y Lázaro González, 2016a: 772-773; y Cabedo Mallol, 2008: 163-195). Una situación que se agrava en el caso de los adolescentes, especialmente, en el acceso a la documentación y al trabajo, a pesar de estar obligado el Estado español a nivel constitucional y por el derecho internacional a dispensar a los MENA el mismo trato que a los menores nacionales (art. 39.4 CE)²⁷⁶. Itziar Gómez Fernández afirma que las limitaciones que los MENA padecen en su derecho humano a la protección por su condición de menor en el Estado de tránsito o de acogida son, incluso se oponen, a lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La STS de la sala 1ª, de 23 de septiembre de 2014, estima que:

un menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados, es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los Estados miembros y de la UE en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades como por las instituciones privadas. (Gómez Fernández, 2017a: 47)

Dadas las novedades introducidas en el sistema de protección respecto a los menores extranjeros no acompañados, a continuación, nos detendremos en las cinco principales.

a) Reintegración o reagrupación familiar

Aunque parte de la doctrina española, cuando se refiere a un MENA, utiliza indistintamente la expresión «reintegración familiar», proveniente de la legislación de protección de menores, o «reagrupación familiar», proveniente de la normativa de extranjería, debemos precisar qué diferencias existen entre una y otra denominación.

²⁷⁶ El art. 39.4 de la CE dispone que «[los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos]». BOE núm. 311, de 29/12/1978.

Para Carmen García Garnica la noción de reintegración familiar es «una medida de protección que es adoptada por la entidad pública que asume la tutela o guarda del menor». Una medida que, a partir de la reforma de 2015, pasa de ser impuesta a ser consensuada con la familia de origen del menor, mediante un plan individualizado de intervención, incluida, en su caso, la reintegración familiar (García Garnica, 2017: 1413). Esta misma finalidad, tiene en El Salvador la reintegración familiar (Buaiz Valera, 2013: 266-275), práctica habitual en materia de protección de menores en ambos países.

Ahora bien, cuando se refieren a los MENA, en el caso español, la normativa de protección de menores queda desplazada, en gran parte, por la de extranjería. Esto implica que no será la entidad pública autonómica quien asuma la tutela o guarda del menor, sino la Administración General del Estado.

Esta Administración para decidir si la reintegración familiar debe producirse en el país de origen o en un tercer Estado, tendrá en cuenta el interés superior del menor y su derecho a ser escuchado en el procedimiento de repatriación (art. 194 RLOEx) (Arce Jiménez, 2018).

Una segunda novedad la encontramos en la metodología de intervención. La legislación española de protección de menores obliga a las autoridades que asumen la tutela o guarda de un menor, sin distinción por razón de nacionalidad, a realizar un plan individualizado de intervención, y a aplicar, no siempre, la reintegración familiar. Esta normativa se opone a lo que establece la legislación de extranjería, al estimar que no siempre el interés superior del menor está en la reintegración familiar en el país de origen. Además, no cabe la aplicación de esta medida cuando se sitúa al menor o a su familia en una situación de riesgo o inseguridad (art. 19 bis, apdos. 2 y 5, de la LOPJM)²⁷⁷. Por tanto, el informe que la entidad autonómica debe remitir, según el artículo 191.4 del RLOEx, a la Delegación o Subdelegación de Gobierno de la residencia del MENA en el procedimiento de repatriación del menor no siempre optará por la reintegración familiar, pudiendo optar

²⁷⁷ Art. 19 bis, apdos. 2 y 5 LOPJM: «2. Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados. 5. En el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad».

por la permanencia del menor en el país de acogida, asimilándolo al menor nacional en situación de desamparo (art. 172.1 Cciv y art. 18 LOPM). Los inconvenientes de esta nueva interpretación del interés superior del menor en la reintegración familiar son, entre otros, la coexistencia de normativas a la hora de establecer el interés superior del MENA y el carácter secundario y residual que la legislación de extranjería otorga a las entidades autonómicas encargadas de la guarda o tutela del MENA con respecto a la última decisión sobre la medida de protección a aplicar.

Parecería que en España el Centro competente en la repatriación estaría apropiándose de una competencia que no le corresponde, la imposición de la medida de protección de reintegración familiar. Por este motivo, postulamos por la modificación de la legislación española de extranjería, para que el informe que emita, tanto la autoridad autonómica como el centro de protección de menores encargados de la tutela y guarda del MENA, sea siempre vinculante para la Administración General del Estado, que será al final la encargada de dictar resolución en el procedimiento de repatriación.

En el caso salvadoreño, el interés superior del menor ha penetrado en la legislación de protección de menores (art. 12 LEPINA, y art. 350 Código de Familia); y en la legislación de extranjería, recientemente, a través de la nueva Ley especial de migración y extranjería de 24 de abril de 2019. La DGME debe hacer prevalecer este principio en todos los procedimientos que afecten a menores extranjeros no acompañados. Este sería el caso del procedimiento de repatriación o retorno asistido, el de reunificación familiar o la regularización de su situación migratoria (art. 72)²⁷⁸. Hasta ahora, en la práctica, solo logran permanecer en El Salvador los menores no acompañados y víctimas de trata cuando el juez de infancia y adolescencia decide que ese es el interés superior²⁷⁹; y los menores extranjeros no acompañados a los que se les concede el estatus de refugiado por el CODER. El resto de los menores extranjeros no acompañados son reenviados a la familia, persona o personas que ejerzan la

²⁷⁸ Art. 72 Ley especial de migración y extranjería: «La Dirección General hará prevalecer el principio del interés superior de toda niña, niño o adolescente migrante extranjero acompañado, separado o no acompañado, para la resolución de su situación migratoria, especialmente cuando se trate de: procedimiento de reunificación familiar; regularización de su situación migratoria; procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado; repatriación o retorno asistido; y, otras establecidas en la presente Ley».

²⁷⁹ Esta información ha sido obtenida de entrevistas realizadas a diferentes funcionarios públicos.

autoridad parental, en el país de origen (arts. 206–210 del Código de Familia), aunque no hemos podido obtener datos oficiales.

La noción de reagrupación familiar está relacionada con el derecho de entrada y residencia en el país de acogida de los familiares de los extranjeros residentes legales, a fin de mantener la unidad familiar en el país donde éstos residen. Y con el traslado del menor no acompañado de un Estado miembro a otro Estado miembro de la UE. Sin embargo, este significado está siendo modificado para el caso de los MENA.

La noción de reagrupación familiar en el derecho español es patriarcal y adultocentrista, además de ser una medida de control de los flujos migratorios. Por ese motivo, los menores no son contemplados como posibles reagrupantes sino como reagrupados, tanto en la normativa española de extranjería como en la de asilo (arts. 16 y 17 de la LOEx, y los arts. 40 y 41 de la ley 12/2009). Este vacío impide el derecho de entrada y residencia en el país de acogida a los padres del menor extranjero no acompañado. Y, en el supuesto de los menores refugiados, se estarían violando las bases mínimas impuestas por el derecho europeo, pues el artículo 10.3 de la Directiva 2003/86/CE²⁸⁰ permite al menor no acompañado y refugiado reagrupar a sus padres sin tener que demostrar recursos económicos.

En el caso salvadoreño, todos los menores extranjeros no acompañados que residan legalmente en el país son contemplados como reagrupantes y reagrupados. Un derecho que no está plasmado en la normativa salvadoreña de extranjería, ni en la de asilo, sino en la de protección de la infancia y adolescencia (art. 45, inciso segundo, LEPINA)²⁸¹.

²⁸⁰ Art. 10.3 de la Directiva 2003/86/CE dispone que «si el refugiado fuera un menor no acompañado, los Estados miembros: a) autorizarán la entrada y la residencia, con fines de reagrupación familiar, de sus ascendientes en línea directa y en primer grado, sin aplicar los requisitos establecidos en el art. 4.2 letra a) (esto es cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen); b) podrán autorizar la entrada y la residencia, con fines de reagrupación familiar, de su tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia, cuando el refugiado no tenga ascendientes en línea directa o éstos no puedan encontrarse».

²⁸¹ Art. 45 LEPINA: «Las niñas, niños y adolescentes extranjeros que residan legalmente en el país, tienen el derecho de solicitar ante la autoridad competente el ingreso de su familia de origen al territorio de la República, para lo cual deberán acreditar el vínculo familiar, igualmente podrán solicitar la regularización legal de sus padres si éstos no residen legalmente en El Salvador. Para los efectos de la reunificación familiar se seguirá el procedimiento administrativo que disponga la ley. Puede denegarse el derecho de reunificación familiar si ésta contraría el interés superior de la niña, niño o adolescente, o si existe una causa previa y legal para impedir el ingreso del familiar o familiares del niño al país, debidamente fundamentada por la autoridad migratoria. Dicha decisión, en todo caso, podrá ser revisada en sede judicial».

En el caso de los menores extranjeros no acompañados refugiados, la autoridad competente para gestionar este derecho a la reagrupación familiar es el CODER (art. 9, letra e, Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas²⁸²). No obstante, en estos casos, los gastos de la reunificación familiar serán a cargo del refugiado sin que se haga ninguna excepción por razón de su edad (art. 45 Reglamento de la ley para la determinación de la condición de personas refugiadas)²⁸³. Creemos que con base en el interés superior del menor se debería suprimir este requisito.

b) Guarda provisional y modalidades de acogimiento

La figura española de la guarda provisional no existe como tal en el ordenamiento jurídico salvadoreño. La medida de protección más próxima a esta institución española es el «acogimiento de emergencia» (art. 123 LEPINA)²⁸⁴. La doctrina española define la guarda provisional (figura regulada en los arts. 14, segundo inciso LOPJM, y 172.4 Cciv) como una institución pensada para los MENA, aunque el Código Civil no especifica a qué menores se refiere. Sin embargo, no es una medida apropiada, porque no es obligatoria su adopción, ni se detalla el plazo de su ejercicio, lo cual genera inseguridad jurídica al menor (Cabedo Mallol, 2016: 70-74). Una de sus características es que no obliga a la administración autonómica, pero le permite asumir de

²⁸² Art. 9, letra e, Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas: «Corresponde a la Comisión Decidir sobre las solicitudes de las personas refugiadas para la reunificación familiar».

²⁸³ Art. 45 Reglamento de la ley para la determinación de la condición de personas refugiadas «Una vez que al solicitante se le haya reconocido su condición de refugiado podrá iniciar los trámites para la reunificación familiar. Para ello presentará su solicitud ante la Secretaría, acompañada de las pruebas que considere pertinentes. La Secretaría remitirá a la Subcomisión la solicitud presentada para su tramitación, debiendo ser resuelta finalmente por la Comisión. Debido a las circunstancias propias de la condición de refugiado, la Comisión deberá adoptar un enfoque flexible en lo relacionado a las pruebas documentales de parentesco. Los gastos de reunificación familiar serán a cargo del refugiado».

²⁸⁴ Art. 123 LEPINA: «El acogimiento de emergencia es una medida excepcional y provisional, emitida en situaciones de extrema urgencia o necesidad en favor de una niña, niño o adolescente, que puede consistir en la separación de su entorno familiar, y por la cual se confía su cuidado a personas idóneas con las cuales le unen vínculos de parentesco o al Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, como forma de transición a otra medida administrativa o judicial de protección. La Junta de Protección deberá supervisar, dentro de las cuarenta y ocho siguientes a la ejecución de la medida y luego, de manera constante, las condiciones en que se encuentre la niña, niño o adolescente a cargo del ejecutor de la medida. Si en el plazo máximo de quince días continuos no se hubiere podido resolver el caso por la vía administrativa, la Junta de Protección lo pondrá a la orden del juez competente».

manera urgente la guarda provisional de un MENA mediante resolución administrativa, antes de que se dicte la declaración de desamparo y se produzca la adopción de la tutela automática o tutela *ex lege* del menor (art. 172.1 Cciv y art. 18 LOPJM). En nuestra opinión, el inconveniente de esta guarda provisional estaría en su regularización por la normativa de extranjería. Es más, aunque la administración autonómica cuente con la tutela *ex lege* del menor desde que asume su guarda²⁸⁵, la normativa de extranjería a la hora de regularizar al MENA solicita que exista una declaración de desamparo y la correspondiente asunción de la tutela automática, lo que da a entender que no valoran como suficiente la figura de la guarda provisional y la resolución por la que se asume ésta²⁸⁶. Esto implica que, aunque se adoptara la guarda provisional del MENA, no se estaría resolviendo el problema de la documentación del menor extranjero, ni los problemas derivados de su residencia desde que es ingresado en un centro de protección de menores. En otras palabras, mientras el MENA esté bajo la tutela de la administración autonómica no estará regularizado, con los problemas que ello conlleva (Flores González, 2018: 352).

Para resolver los problemas derivados del conflicto que genera la coexistencia de dos leyes especiales vigentes como son la ley tuitiva del menor y la de extranjería, se debe mantener como principio orientador el interés superior del menor y el mandato constitucional del artículo 10.2 CE:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Con base en este último, las autoridades administrativas y judiciales españolas deben aplicar el artículo 3.1 de la CDN y la interpretación que sobre este artículo realizó el Comité de los derechos del niño en su Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013²⁸⁷. Esto supone que las autoridades com-

²⁸⁵ La asunción de la tutela por la administración autonómica implica que exista en cada comunidad autónoma una distinta visión sobre las funciones de protección y representación que han de asumir cuando asumen la guarda o tutela de un MENA (*vid.* Cabedo Mallol y Cloquel Lozano, 2012).

²⁸⁶ Por ese motivo, consideramos que la regulación de extranjería aún no se ha adaptado a estos cambios en materia de protección de menores, ya que alude aún al «menor tutelado» y no al «menor en guarda provisional».

²⁸⁷ ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 14, de 29/05/2013.

petentes en materia de extranjería deben tomar como principio informador del ordenamiento jurídico el interés superior del menor en su triple virtualidad, como norma sustantiva, procesal y principio interpretativo, y proceder a la documentación del MENA desde que se asume la guarda provisional del menor por la entidad pública autonómica correspondiente²⁸⁸.

Una vez planteado el conflicto de las dos leyes especiales que afectan a los MENA, el paso siguiente es determinar el significado de la guarda provisional. Parte de la doctrina sostiene que la guarda provisional es una guarda de derecho, para diferenciarla de la guarda de hecho, lo que supone que nos encontramos ante una institución sometida a control judicial, y, por consiguiente, la persona que asume la guarda del menor estará determinada en una resolución administrativa (Leciñera Ibarra, 2016: 91-110).

En nuestra opinión, el inconveniente de esta institución es su carácter no obligatorio, lo que hace posible que puedan coexistir dos tipos de guarda aplicables a los menores migrantes al mismo tiempo, la guarda administrativa de hecho (art. 1 72.1 Cciv y art. 18 LOPJM) y la guarda administrativa de derecho (art. 172.4 Cciv); Por tanto, será la Administración quien decidiría *per se* qué tipo de guarda quiere constituir para el MENA. Esta situación puede conducir a la existencia de una guarda más favorable para los menores nacionales, en la que se inicie el plan de intervención de manera prioritaria y urgente (art. 19.1 bis LOPJM), y otra menos favorable para los menores extranjeros, en la que se dilaten las medidas de intervención a adoptar.

Por este motivo, entendemos al igual que el Fiscal Delegado de Extranjería y de Menores Antonio Jesús Huélamo Buendía que la redacción del artículo 14, segundo inciso, en relación con el artículo 172.4 del Cciv, debería modificarse, en el siguiente sentido: el «podrá asumir la guarda provisional» debe ser sustituido por el «deberá asumir la guarda provisional», a fin de impedir que surjan dudas sobre las medidas a adoptar (Huélamo Buendía, 2017: 28). De no ser así, se estaría fomentando la discriminación entre menores nacionales y extranjeros, al reforzarse la protección de unos menores (los que tengan la guarda administrativa de derecho) frente a la desprotección de otros (los que tengan una guarda administrativa de hecho).

²⁸⁸ La Observación General núm. 14 del Comité de los derechos del niño ha sido implementada en España a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sirva como ejemplo la STS 550/2015 de 15/10/2015.

La guarda provisional es considerada también por la doctrina una institución de carácter cautelar. Por esta razón, Carmen García Garnica defiende que hubiese sido muy importante recoger de forma expresa las medidas de protección anudadas a la guarda provisional. Las medidas a las que nos referimos son: el acogimiento familiar de urgencia o la atribución cautelar del acogimiento al guardador de hecho si existiera (art. 303 Cciv) (García Garnica, 2017: 1404-1405), pues no debe olvidarse que las modalidades de acogimiento vienen referidas a cómo se ejerce la guarda del menor.

La administración autonómica en España ejerce la guarda del menor mediante el acogimiento en su doble modalidad familiar y residencial (Ruiz-Rico Ruiz Morón, 2017: 351). De estas dos modalidades la utilizada para los MENA es el acogimiento residencial, a pesar de reiterarse desde instancias europeas e internacionales que la mejor opción para estos menores es el acogimiento familiar. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad destaca que «en el año 2016, del total de 2524 MENA en acogimiento, 2392 fueron a acogimientos residenciales y 132 acogimientos familiares»²⁸⁹. El acogimiento familiar, desde la reforma del sistema de protección de la infancia y adolescencia de 2015, puede realizarse en la familia extensa del menor o en familia ajena o de acogida, pudiendo ser, en este último caso, un acogimiento familiar especializado. Las modalidades de acogimiento familiar son las siguientes: de urgencia, temporal y permanente (art. 172 ter Cciv, arts. 20, 20 bis, y 21 LOPJM) (Leonseguí Guillot, 2017: 127-130). Hubiese sido deseable incorporar el deber de aplicar el acogimiento familiar a los MENA, y solo ante su imposibilidad acudir al acogimiento residencial²⁹⁰; además de establecer el deber de localización de la familia extensa del menor, en el territorio español o en el resto del territorio europeo. No obstante, debemos advertir que no se hace mención explícita en el acogimiento familiar a los menores extranjeros no acompañados.

En el caso salvadoreño procede el acogimiento de emergencia (art. 123 LE-PINA), pues es la única medida de protección administrativa con carácter excepcional y provisional que existe. La finalidad de este acogimiento de emergencia

²⁸⁹ En el año 2016, los acogimientos residenciales de MENA alcanzaron la cifra de 2392 y los acogimientos familiares 132 (España. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2017: 43).

²⁹⁰ El acogimiento familiar de los menores no acompañados viene expresamente regulado en los arts. 16.2 Directiva 2001/55/CE, 24.2 Directiva 2013/33/UE, y 31.2 Directiva 2011/95/UE. Y el derecho a la localización de su familia en el art. 24.3 Directiva 2013/33/UE, art. 31.5 Directiva 2011/95/UE.

es darle un tiempo a la Junta de Protección para el análisis del caso y la adopción de medidas de protección administrativa que cabe establecer (arts. 120 y 122 LEPINA). Si en el plazo de 15 días máximo la Junta de Protección no resuelve, tendrá que poner al menor a disposición del juez especializado de la niñez y adolescencia, quien establecerá una medida de protección judicial (arts. 124-130 LEPINA). Entre las medidas de protección judicial estarían el acogimiento familiar, la colocación familiar, familia sustituta, la adopción y el acogimiento institucional. No obstante, cabe recordar que los menores extranjeros no acompañados identificados y protegidos en El Salvador son los solicitantes de asilo, los refugiados y las víctimas de trata, y que estos últimos, las víctimas de trata, no irían a un acogimiento de emergencia (art. 123 LEPINA), sino que se establecería una medida de atención integral inmediata y se trasladarían a un albergue o centro de atención especializado, donde recibirán los cuidados y atención integral que les correspondan (art. 41 LEPINA, y arts. 30-32 Ley especial contra la trata de personas). En el caso de los solicitantes de asilo y refugiados, se alojarían en centros de atención, estatales o municipales, y en ONG gestionadas por el ISNA (art. 57 Reglamento de la Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas y art. 49 LEPINA). Sobre los solicitantes de asilo y refugiados se adoptaría la medida de protección del acogimiento institucional (art. 129 LEPINA).

c) Declaración de desamparo y tutela automática

La noción de «declaración de desamparo» y «tutela automática» no existe en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Por ese motivo, el desarrollo de este apartado corresponde al derecho español tras la reforma del sistema estatal de protección de menores tras las leyes 26/2015 y 8/2015. Antes de proceder a su exposición, debemos realizar una breve aclaración sobre por qué son competentes las autoridades españolas para la adopción de medidas de protección de larga duración y permanentes, y por qué se aplica la ley española. Cuando la entidad autonómica dicta la declaración de desamparo es porque el MENA no va a ser retornado y ha pasado un plazo mínimo de cuatro meses. Entendemos que la intención de la adopción de esta medida de protección es la permanencia del menor en España considerándose que la residencia habitual del menor está ahora en nuestro país²⁹¹. En virtud del artículo 8 del Reglamento número

²⁹¹ La residencia habitual es una noción fáctica, es una noción de hecho (STJUE 8 de junio 2017, C-111/17), se corresponde con el centro social de vida del menor (AAP Burgos 29 de julio 2010) y radica donde el menor tiene su presencia física, la cual no es temporal u ocasional

2201/2003, las autoridades españolas son las competentes para la adopción de la declaración de desamparo, quienes aplicarán la ley española (art. 15.1 Convenio de La Haya). Una vez declarado el desamparo, en función del artículo 16.1 del Convenio de La Haya de 1996, será aplicable el derecho sustantivo español. A su tenor, se constituirá una tutela *ex lege*²⁹².

En el sistema español cabe destacar la incorporación expresa de un plazo máximo obligatorio de 48 horas, en el que se ha de dictar declaración de desamparo y elegir si se aplica la tutela automática o la tutela ordinaria al menor desamparado (art. 172.1 Cciv). No obstante, un sector de la doctrina española considera que, debido a la complejidad del expediente de declaración administrativa de desamparo instruido por la administración pública, y a la obligación de respetar las garantías procedimentales de los interesados, incluidas las del menor, el plazo de 48 horas al que hace referencia el artículo 172.1 del Cciv no puede ser para dictar declaración de desamparo, sino para efectuar la notificación de la declaración de desamparo, una vez se adopte (art. 40.2 Ley 39/2015). Por consiguiente, el plazo máximo para que la entidad autonómica dicte declaración de desamparo es de 3 meses (art. 21.2 de la Ley 39/2015) (Díez García, 2016: 485). En este preciso momento se decidirá si asumir la tutela automática o proponer la constitución de una tutela ordinaria.

La administración autonómica cuando tenga conocimiento de la existencia de una persona adulta que esté relacionada con el menor, y siempre que atienda al interés superior del menor, debe proponer en primer lugar al

(STJUE 15 febrero 2017, C-499/15 y STJUE 17 octubre 2018). No deben aplicarse para acreditar la residencia del menor los criterios sobre «domicilio dependiente» vinculando la residencia habitual del menor donde la tienen sus padres (AAP Burgos 29 de julio 2010) (Carrascosa González, 2018: 469-492).

²⁹² Para la declaración de desamparo se requiere la intervención de una autoridad administrativa o judicial (art. 15.1 CH 1996). Sin embargo, para la tutela automática no. La atribución o extinción *ex lege* de la patria potestad se rige por la ley de la residencia habitual del menor (art. 16.1 CH 1996). No obstante, debemos señalar que un sector de la doctrina iusprivatista plantea serias dudas sobre la aplicación de la ley de la residencia habitual a medidas de protección como la tutela *ex lege* (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 2018: 409-410). Nosotros, por el contrario, estamos a favor de su aplicación cuando se trata de menores no acompañados sobre los que se ha decidido su permanencia, puesto que necesitan un representante o tutor para solicitar la residencia. Junto a Javier Carrascosa González sostenemos que la ley del país de residencia habitual del niño o debe regir la patria potestad cuando ésta nace, se modifica o extingue *ex lege* y regulará en concreto los sujetos que ostentan la titularidad de la patria potestad, las facultades y deberes inherentes, los modos de ejercicio de esta, la privación y extinción y la representación del hijo (Carrascosa González, 2018: 490).

tribunal correspondiente la constitución de una tutela ordinaria a favor de esa tercera persona (art. 239.2 Cciv). Y, en segundo lugar, la modificación sustancial en la noción de situación de desamparo como hecho que origina la tutela automática (art. 172.1 Cciv). El criterio para determinar si un menor está en situación de desamparo será que se den las circunstancias de la ausencia de subsistencia moral y económica al menor, deberes inherentes a la patria potestad, que no solamente pueden ejercer sus progenitores sino también cualquier adulto responsable²⁹³. De tal manera que cuando otros adultos, que no sean los padres del menor, ejerzan o se comprometan a cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad y lo asistan moral y materialmente, se procedería a la constitución de la tutela ordinaria y no de la tutela administrativa. La ordinaria se constituiría vía judicial, y la administrativa sería atribuida por el Ministerio de ley a las entidades públicas (Leonseguí Guillot, 2017: 127-130).

Cabe señalar que para cierto sector de la doctrina la asunción de la tutela automática en un plazo máximo de 48 horas, junto a la declaración de desamparo no es aplicable a los MENA. Para estos menores el trámite de repatriación tiene carácter preferente frente al de decisión de permanencia, por lo que cabe en este caso la constitución de una guarda de urgencia o provisional mientras la Administración General tramita la repatriación y decide sobre la permanencia o no en España del menor. Una decisión de permanencia que adopta la Administración General y que la entidad autonómica cumplimenta a través del establecimiento de una serie de medidas de protección, tras asumir la guarda o tutela, y que deben ser supervisadas por el Ministerio Fiscal (Tejedor Muñoz, 2017: 152-164). En nuestra opinión, no es correcto mantener la coexistencia de un procedimiento de declaración de desamparo más beneficioso para los menores nacionales y otro distinto y más perjudicial para los menores extranjeros. Estimamos que este trato discriminatorio en la evaluación de la situación de desamparo y en la asunción de la tutela automática de los menores extranjeros iría en contra del principio internacional de no discriminación por

²⁹³ «El papel que corresponde a los padres con respecto a los hijos es tan solo impartir la orientación y dirección apropiada para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la CDN. Esta función como guía, como orientador del menor puede ser ejercida no solamente por la familia nuclear del menor, sino por cualquier adulto, con independencia de que sea familia o no. Tanto el Estado de origen como el receptor les corresponde respetar la responsabilidad, derechos y deberes de los padres, o de quien corresponda, asumiendo el principio de no injerencia arbitraria del Estado en la vida familiar, ya reconocido en el art. 12 de la DUDH y en el art. 16 de la CDN» (Bruñol, 1997: 3-5).

razón de nacionalidad, de la primacía de la condición de menor, del interés superior del menor y del derecho a la protección infantil. Con base en todo ello, consideramos que no cabe establecer un plazo para la asunción de la tutela automática de menores nacionales y otro distinto para los extranjeros. Y más aún cuando se está imponiendo, en este último caso, una traba administrativa para su regularización y para la asignación de un representante que complemente su capacidad limitada. Téngase en cuenta que los menores no emancipados no tienen plena capacidad de obrar, y que esta debe ser complementada obligatoriamente por un tutor o representante. Además, el derecho a la tutela o representación que, como hemos visto, es obligatorio en el derecho europeo para los menores no acompañados.

En el caso salvadoreño, como se ha comentado por regla general los menores extranjeros no acompañados víctima de trata, solicitantes de asilo y refugiados están a cargo del Estado salvadoreño, no existiendo mención alguna a la asunción de la tutela por parte de la administración salvadoreña (art. 399 Código de Familia)²⁹⁴. Por ese motivo, entendemos que aquí, al contrario de lo que sucede en el caso español, a los menores extranjeros que están bajo la tutela del Estado no se les asigna un tutor que ejerza la tutela en nombre de la administración pública. No existe la tutela automática en el sistema salvadoreño. No obstante, en nuestra opinión, esta tutela administrativa existe *de facto* cuando se adopta como medida de protección el acogimiento institucional del menor extranjero no acompañado (art. 129 LEPINA). No obstante, debemos señalar que el menor extranjero no acompañado tiene derecho a que el Procurador General de la República sea su representante legal, al menos con carácter temporal. Una institución que asumirá la representación legal de los menores extranjeros no acompañados, en los siguientes supuestos: siempre que se trate de menores extranjeros no acompañados solicitantes de asilo (art. 57 Reglamento de la ley para la determinación de la condición de personas refugiadas y art. 220 LEPINA); en el supuesto de que los intereses de los menores extranjeros no acompañados y víctimas de trata entren en conflicto con su

²⁹⁴ Art. 399 Código de Familia: «La protección integral de los menores a cargo del Estado se hará mediante un conjunto de acciones gubernamentales y no gubernamentales, coordinadas por el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, con la participación de la familia, la comunidad y el apoyo de los organismos internacionales, los que conforman el Sistema Nacional de Protección al Menor. El sistema nacional garantizará la satisfacción de las necesidades básicas de alimentación, vivienda, salud, educación y desarrollo integral del menor».

tutor o representante legal, una vez que se oiga al menor y se advierta que el adulto que ejerce la autoridad parental no está junto al menor y él mismo lo puso en esa situación de trata (art. 30, letra d, Ley especial contra la trata de personas y art. 220 LEPINA); y cuando no se localicen a los progenitores, o estos se hayan perdido o hayan sido suspendidos o privados de la autoridad parental (art. 224 Código de Familia, art. 60 Código procesal civil y mercantil, y art. 218 LEPINA). Como caso excepcional se podría adoptar la asunción de la tutela dativa por parte de una tercera persona nacional salvadoreña (arts. 274, 299 y 300 del Código de Familia) y el correspondiente acogimiento familiar (art. 124 LEPINA).

A pesar de lo anteriormente expuesto, debemos señalar que no existe debate en la doctrina salvadoreña sobre quién asume la tutela de un menor extranjero no acompañado mientras resida en El Salvador. No obstante, consideramos esencial que se haga la modificación oportuna en el Código de Familia, en la LEPINA, y en la legislación de extranjería salvadoreña para contemplar expresamente quién debe asumir la tutela de estos menores extranjeros mientras sean menores de edad, cuenten con la autorización de quien ejerce la autoridad parental para desempeñar un trabajo en ese país o para estudiar, o se encuentren en El Salvador bajo el estatus de protección específico de solicitante de asilo, refugiado y víctima de trata, ya sea con una residencia temporal o con una residencia definitiva²⁹⁵. Baste señalar que el artículo 40 de la LEPINA apuesta por la no institucionalización de los menores, incluidos los menores extranjeros (art. 6 LEPINA). Por consiguiente, nos parece esencial que se lleve a cabo una clarificación de este asunto.

d) Guardador de hecho con funciones tutelares

La medida de protección denominada «guarda de hecho» no existe en el ordenamiento jurídico salvadoreño, aunque podríamos asimilarla al caso paradigmático que contempla la Ley especial de migración y extranjería de El Salvador. En concreto, en el artículo 61, sobre el que más adelante nos detendremos. Aunque, se puede avanzar, que, dado que dicha medida se encuentra

²⁹⁵ El concepto de menor de edad no emancipado fue suprimido por el Código de Familia en el año 1993. Con anterioridad a esa fecha los arts. 273-278 del Código Civil salvadoreño regulaban la emancipación del menor de edad. Esta es una gran diferencia entre el sistema español y el salvadoreño. Véase Código Civil salvadoreño disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_El_Salvador.pdf.

en la legislación de extranjería, ya nos advierte de la necesidad de reinterpretar la normativa salvadoreña de protección de menores no acompañados y crear nuevas figuras de «reagrupantes familiares», así como medidas provisionales de protección.

En el caso español debemos advertir que en la normativa estatal y autonómica no existe una única definición de la «guarda de hecho», y tampoco encontramos un claro consenso doctrinal sobre esta institución (Lescano Fera, 2016: 22-24). Además del hecho de no estar prevista para los menores no acompañados y encontrarse en permanente evolución. Prueba de ello es la reforma del sistema estatal de protección de infancia y adolescencia de 2015, donde desaparece, según un sector de la doctrina civilista, el carácter claudicante de la guarda de hecho y se llevan a cabo dos relevantes cambios estructurales: primero, se incorpora la posibilidad de que la entidad autonómica atribuya al «guardador de hecho»²⁹⁶, mediante resolución administrativa, el acogimiento temporal del menor con una duración máxima de dos años (art. 173 bis, letra b, Cciv) —un acogimiento que, previa revisión, puede transformarse en permanente a iniciativa de la entidad pública autonómica, Ministerio Fiscal, el propio acogedor, el acogido con edad mayor a 12 años o cualquier otra persona interesada—; y, segundo, esta guarda de hecho se puede convertir en una guarda de derecho cuando la autoridad judicial reconozca su existencia, le someta a medidas de control y atribuya al guardador de hecho funciones tutelares (art. 301, párr. segundo, Cciv) (García Garnica, 2017: 1391-1398). Encarnación Abad Arenas señala que «la resolución judicial que atribuye las funciones tutelares al guardador de hecho sería el título de legitimidad que pudiera anotarse en el Registro Civil para hacerse valer ante terceros». No obstante, ni la figura del guardador de hecho ni sus funciones tutelares han quedado delimitadas en la reforma del año 2015» (Abad Arenas, 2018: 131-132). Una falta de delimitación que podría quedar resuelta si se aprueba el anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018. Un anteproyecto que afecta a la institución del guardador de hecho y a sus funciones. En concreto, se abre la posibilidad de que el guardador de hecho pueda

²⁹⁶ Por «guardador de hecho» nos referimos a aquellos adultos que, sin ser los padres, ni tener la tutela del menor, ni ser titulares de ninguna otra institución de protección del menor «de facto», han asumido su cuidado y atención.

realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales también concretas²⁹⁷.

Dada la materia objeto de estudio, debemos denunciar la laguna legal que existe respecto a la posibilidad de que el guardador de hecho sea contemplado como un posible reagrupante del menor no acompañado en la legislación de extranjería, o sobre la atribución cautelar del acogimiento del menor para aquellos casos en los que el menor no acompañado ha entrado ya en España de manera irregular y cuenta con ese «referente familiar» que asume *de facto* su cuidado y protección.

En El Salvador, como ya habíamos avanzado, se ha recogido en la legislación de extranjería una medida similar al «guardador de hecho» que atiende a la necesidad de protección de los menores no acompañados en el país, pero referida exclusivamente para los menores no acompañados. Estamos hablando del artículo 61 del Ley especial de migración y extranjería salvadoreña, donde se dispone:

toda solicitud de residencia de una niña, niño o adolescente extranjero no acompañado o separado podrá ser gestionada por un tercero, mediante el respectivo poder especial emitido por quien ejerce la autoridad parental o representación legal, otorgada ante autoridad competente del país de origen, con los requisitos legales correspondientes. Dicho poder podrá contener la autorización para que la persona con la que resida la niña, niño y adolescente, pueda otorgar la autorización de salida del país; facultad que será indelegable.

Como podemos deducir el supuesto aquí previsto se refiere a aquel menor extranjero que viaja solo y con la autorización de su padre/madre plasmada en un poder especial. Son menores que entran de manera irregular en el país con la intención de vivir con una persona autorizada en el poder especial, quién se hará cargo de su cuidado y representación para dos actos concretos: tramitar la residencia y autorizar la salida del menor. En nuestra opinión, se trata de una medida de protección del menor migrante que viaja solo, preventiva y

²⁹⁷ Debemos advertir que existe un proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de fecha de 21 de septiembre de 2018 que afecta a la institución del «guardador de hecho» y sus funciones. En el proyecto mencionado se prevé la posibilidad de que el guardador de hecho pueda realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales también concretas (BOCG núm. 27-1, de 17/07/2020).

específica, que podría equipararse a la de guardador de hecho con funciones tutelares²⁹⁸. No obstante, debemos advertir que esta figura no sería en modo alguno trasladable a España, dadas las diferencias existentes entre una legislación y otra. En el ordenamiento jurídico salvadoreño la figura española de la «patria potestad» se sustituye por la institución salvadoreña de la «autoridad parental». En el Código de Familia salvadoreño se distingue entre autoridad parental (art. 206), cuidado personal (art. 211) y representación legal (art. 223).

Al contrario de lo que sucede en España con la patria potestad, en El Salvador los padres o quienes ostenten la autoridad parental sí puede delegar el cuidado personal y representación legal con carácter temporal sin ir en contra del orden público salvadoreño. No obstante, cabe advertir que para cierto sector de la doctrina española el significado y contenido del término autoridad parental y su relación con la patria potestad, debería redefinirse a la luz del derecho internacional privado y del principio del interés superior del menor (Abboud Castillo, 2017: 13-36; Figueroa Meléndez y Pérez Sánchez, 2010: 227-234; Acuña San Martín, 2014: 62; Parra Lucán, 2015: 32).

Una vez aclarada la cuestión sobre la imposibilidad de extrapolar el supuesto del poder especial salvadoreño al caso español, pasamos a realizar una breve crítica sobre la validez extraterritorial del poder especial como documento público extranjero en el que se ceden funciones tutelares a una tercera persona. En este sentido, debemos exponer las imprecisiones y la falta de regulación existente respecto a aspectos muy importantes: contenido exacto de la autorización o poder de representación; autoridad competente para otorgarlo (por ejemplo, si es salvadoreña en el exterior. Esto es, un consulado o embajada, o si, por el contrario, debe ser una autoridad del país de la misma nacionalidad que el menor). En el caso de que el poder especial lo otorgue

²⁹⁸ En el ordenamiento jurídico salvadoreño la figura española de la «patria potestad» se sustituye por la institución salvadoreña de la «autoridad parental». En el Código de Familia salvadoreño se distingue entre autoridad parental (art. 206), cuidado personal (art. 211) y representación legal (art. 223). Al contrario de lo que sucede en España con la patria potestad, en El Salvador los padres o quienes ostenten la autoridad parental sí pueden delegar el cuidado personal y representación legal con carácter temporal sin ir en contra del orden público salvadoreño. No obstante, cabe advertir que un sector de la doctrina española ha debatido sobre el significado y contenido del término autoridad parental, su relación con la patria potestad y la necesidad de redefinir este a la luz del derecho internacional privado y del principio del interés superior del menor (Abboud Castillo, 2017: 13-36; Figueroa Meléndez y Pérez Sánchez, 2010: 227-234; Acuña San Martín, 2014: 62; y Parra Lucán, 2015: 32).

una autoridad extranjera, no se ha previsto si las autoridades salvadoreñas van a realizar un control de capacidad, fondo y forma sobre ese documento extranjero, o si, por el contrario, solo comprobarán la forma, esto es, la legalización del documento extranjero con la correspondiente apostilla o autenticidad²⁹⁹. Tampoco se establece por cuánto tiempo se va a conceder la residencia de ese menor extranjero no acompañado o separado (si es residencia temporal o permanente), con quién va a residir y si se adopta una medida de protección sobre ese menor en el país de origen a través de un documento anexo al poder especial, o se establece la medida de protección sobre ese menor ya en destino. Tampoco se ha advertido qué otra documentación debería portar consigo el menor migrante extranjero no acompañado o separado para que este pueda regularizarse en El Salvador, sin la compañía de quienes son titulares legítimos de la autoridad parental.

Estudiar la viabilidad del poder especial en El Salvador nos obliga a adentrarnos brevemente en la legislación interna de dos de los principales países emisores de niñez y adolescencia migrante no acompañada hacia El Salvador: Nicaragua y Honduras. En el caso nicaragüense se permite la salida del menor presentando el permiso de sus progenitores o tutores debidamente autorizado por notario público (art. 29 Código de la niñez y adolescencia)³⁰⁰. Asimismo, la Ley general de migración y extranjería nicaragüense de 31 de marzo de 2011³⁰¹ establece que ese menor debe contar también con un pasaporte en vigor y un visado de salida, que tiene una duración máxima de un año (arts. 82, 83, y 121 Ley general de migración y extranjería). Los únicos menores nicaragüenses que están exceptuados del deber de solicitar el visado de salida son los residentes en el extranjero (art. 84 Ley general de migración y extranjería nicaragüense). No obstante, cabe advertir que el Código de familia nicaragüense³⁰² no contempla

299 Para poderes que provienen de algún Estado de la región interamericana habría que ver si son parte de la «Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero de 30 de enero de 1975».

300 «Art. 29. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a salir del país sin más restricciones que las establecidas por la ley. Cuando los niños, niñas y adolescentes viajen fuera del país, es requisito fundamental presentar ante autoridades migratorias el permiso de sus progenitores o tutores, debidamente autorizado por Notario Público» (Ley núm. 287 por la que se aprueba el Código de la niñez y adolescencia de 24 de marzo de 1998, *La Gaceta*, DO núm. 97, de 27 de mayo de 1998).

301 Nicaragua. Ley general de migración y extranjería núm. 761, de 31 de marzo del 2011, publicada en *La Gaceta* núms. 125 y 126 del 6 y 7 de julio del 2011.

302 Nicaragua. Ley núm. 870 de 24 de junio de 2014 por la que se aprueba el Código de Familia. Publicada en *La Gaceta* núm. 190, del 08/10/2014.

la delegación en una tercera persona de la autoridad parental para realizar actos concretos de representación legal del menor migrante en el extranjero, como son la tramitación de su residencia en un tercer Estado o la autorización de salida cuando finalice su estancia en ese país. La representación legal solo deriva de la autoridad parental, de la representación legal o tutela asignada por autoridad judicial (art. 270 del Código de familia nicaragüense)³⁰³.

Por consiguiente, de acuerdo con la legislación nicaragüense citada entendemos que para que una tercera persona residente en El Salvador pueda representar legalmente al menor extranjero no acompañado o separado nicaragüense y hacerse cargo de su cuidado, crianza, alimentación y representación legal durante el tiempo de estancia o residencia en El Salvador, ésta ha debido ser previamente designada judicialmente como tutora del menor nicaragüense en el país de origen. Un poder especial formalizado por notario nicaragüense no podría autorizar la representación legal de este menor nicaragüense en los dos procedimientos administrativos de tramitación de la residencia y autorización de salida. La propia existencia de un poder con estas características estaría vulnerando el orden público nicaragüense.

Todo lo expuesto nos lleva a pensar que, con base al artículo 61 del Proyecto de Ley salvadoreña cuando se refiere a un menor extranjero no acompañado o separado de origen nicaragüense, él único que puede representarlo legalmente en El Salvador es un tutor. Una tutela que se habría debido constituir judicialmente en el país de origen, y que requiere ser sometida al procedimiento salvadoreño de «auto de pareatis» o exequátur (art. 182.4 Constitución salvadoreña³⁰⁴ y arts. 451-453 del Código de procedimientos civiles salvadoreño³⁰⁵). Esta sería la vía para reconocer legalmente a una

³⁰³ Art. 270 Código de familia nicaragüense: «La representación legal de los hijos e hijas que se encuentren bajo la autoridad parental será ejercida conjuntamente por el padre y la madre, o uno de ellos cuando falte el otro, o quien tenga la representación declarada judicialmente. Se entenderá que falta el padre o la madre, no solo cuando hubiera fallecido, sino cuando se ausentare y se ignore su paradero o fuese judicialmente declarado incapaz. En caso de ausencia simultánea de la madre y del padre la representación legal será ejercida por el tutor o tutora».

³⁰⁴ Art. 182.4 Constitución salvadoreña: «Son atribuciones de la Corte Suprema de justicia: conceder, conforme a la ley y cuando fuere necesario, el permiso para la ejecución de sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros».

³⁰⁵ El Salvador. Decreto ejecutivo sin número por el que se aprueba el Código de procedimientos civiles salvadoreño de fecha 31/12/1881 (DO núm. 1, tomo 12, publicado el 01/01/1882).

tercera persona como tutor, y, por ende, como persona encargada del cuidado y representación del menor extranjero durante el tiempo de residencia del menor en El Salvador.

En el caso hondureño se permite la salida del país de los menores siempre y cuando vayan acompañados de su padre, de su madre o de su representante legal o, en su defecto, de la persona que cuente con una autorización escrita, cuyas firmas deben ser autenticadas por notario (art. 101 Código de la niñez y adolescencia hondureño³⁰⁶, y artículo 85.1 Ley de migración y extranjería hondureña³⁰⁷). Por consiguiente, no se permite la salida de un menor hondureño solo. Esto nos lleva a afirmar que el menor hondureño sí podría salir del país siempre que fuera acompañado de la persona autorizada por sus padres. Esta persona podría ser la misma con la que residirá en El Salvador y quien se encargará de tramitarle la residencia y autorizarle la salida del país. Aquí sí cabría la posibilidad de otorgar el poder especial al que se refiere el artículo 61 del proyecto de ley salvadoreño. En este supuesto las autoridades salvadoreñas solo comprobarían que el documento extranjero esté legalizado con la correspondiente apostilla o auténtica. A este respecto, debemos recordar que en el caso de El Salvador la regularización de los menores centroamericanos se produce *a posteriori* de su entrada en el país.

Como podemos deducir de todo lo expuesto la validez en El Salvador del poder especial dependerá de la normativa del país de origen del menor y de si la figura de «autorizado» está recogida en una escritura pública para actos concretos de representación del menor en calidad de autorizado o representante del menor. A pesar de ello, nos parece una regulación jurídica imprecisa y poco garantista de los derechos de los menores migrantes no acompañados o separados, puesto que puede dar lugar a excesos y riesgos relevantes. Baste recordar que estos menores son los más vulnerables a las violaciones de sus derechos humanos, y que los Estados son los responsa-

³⁰⁶ Art. 101 Código de niñez y adolescencia hondureño: «Los niños sólo podrán salir del país si van acompañados de su padre, de su madre o de su representante legal o, en defecto de éstos, de la persona que cuente con la respectiva autorización escrita. Si la patria potestad la ejercen ambos padres, se requerirá la autorización escrita del otro si sólo uno acompañara al niño durante el viaje. Las correspondientes firmas deberán ser autenticadas por Notario» (Honduras. Decreto núm. 73 de 30 de mayo de 1996 por el que se aprueba el Código de niñez y adolescencia, DO *La Gaceta*, núm. 28.053, de 5 de septiembre de 1996).

³⁰⁷ Honduras. Decreto núms. 208-2003 por el que se aprueba la Ley de migración y extranjería de 31 de diciembre de 2003 (DO *La Gaceta*, 3/03/2004).

bles de lo que les suceda mientras se encuentran bajo su jurisdicción. Por esa razón, apostamos por la adopción de una posición más activa del Estado receptor y de sus autoridades, para velar en todo momento por los derechos de estos menores y por sus intereses. No se puede ignorar que en ocasiones estos menores son vendidos por sus progenitores a una tercera persona autorizada, en calidad, por ejemplo, de empleada de hogar interna o incluso de esclava sexual. Por esta razón, la figura del autorizado con poder especial nos parece muy preocupante.

e) Cese de la tutela o guarda administrativa

En el sistema salvadoreño no se ha debatido sobre la asunción de la tutela ordinaria, ni sobre la tutela o guarda administrativa de los menores extranjeros no acompañados. No obstante, equiparamos la figura española de la tutela o guarda administrativa con el concepto salvadoreño de «menor a cargo del Estado» (art. 399 del Código de Familia).

Un aspecto negativo de la reforma de 2015 del sistema español de protección de menores es la legalización de las decisiones administrativas de cese de la guarda o tutela por abandono voluntario del centro de protección (arts. 172.5 in fine Cciv)³⁰⁸. Una práctica administrativa habitual en los centros de protección de menores cuando el menor huía del centro y pasaban seis meses en paradero desconocido, medida que ha sido muy criticada por el Defensor del Pueblo y por el Ministerio Fiscal. Esta medida, no solo puede dejar sin amparo legal al MENA, sino también se aleja, cuando no contradice al interés superior de este (Sánchez Tomás, 2018: 75). Para comprobar el alcance de esta medida basta con decir que quedarían desprotegidos en España,

³⁰⁸ Art. 172.5 del Cciv español «La Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los arts. 276 y 277.1, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país. b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor. c) Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido. La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela».

en situación de calle, paradero desconocido y con posibilidad de caer en redes de tráfico o trata de personas:

a fecha de 31 de diciembre de 2016, figuraban inscritos en el Registro de MENA un total de 3997 niños que se encuentran sometidos a tutela o acogimiento por los servicios de protección (527 niñas y 3470 niños). De esos niños y niñas, consta que han abandonado «voluntariamente» los servicios de protección (figuran «en fuga») un total de 825 menores (55 niñas y 770 niños) de los que se ignora su paradero actual. De ellos 331 estaban en Andalucía, 9 en Aragón, 3 en Asturias, 4 en Canarias, 11 en Cantabria, 10 en Castilla-La Mancha, 8 en Castilla-León, 21 en Cataluña, 66 en Ceuta, 35 en la Comunidad Valenciana, 1 en Extremadura, 1 en Baleares, 11 en Madrid, 55 en Murcia, 3 en Navarra, 230 en el País Vasco y 26 en Melilla. (España. Fiscal General del Estado, 2017: 540)

Un año después, a fecha de 31 de diciembre de 2017, figuran inscritos un total 6414 menores bajo tutela o acogimiento, y fugados, 1293 menores (España. Fiscal General del Estado, 2018: 625-626).

El Defensor del Pueblo, en su informe de 2017, denuncia que las bases de datos policiales no están actualizadas ni reflejan la fuga real de los menores de los centros de protección asignados, lo que estaría dificultando su localización y reingreso en el centro de protección de menores (España, Defensor del Pueblo, 2018: 50-51).

No existe en El Salvador una base de datos similar, por lo que no existe conocimiento del número de fugados. En teoría, sí nos dice desde la administración de justicia salvadoreña que, si existiera la *deserción* del niño, niña o adolescente de un centro de protección, se daría aviso a la seguridad pública para su ubicación, a fin de ponerla de nuevo a disposición de la Junta de Protección, se brindaría asistencia psicológica para indagar las causas de la deserción y se llevaría a cabo, además, su seguimiento.

Tal y como refleja la reforma del sistema de protección de menores de 2015, no parece existir mucho interés por afrontar la indefensión y desprotección legal de los MENA. Un desinterés que es trasladable también al resto de los países miembros de la UE. La ONG Missing Children Europe advierte que «en el año 2016 en Suecia desaparecieron 7 de cada 8 menores no acompañados, en Eslovenia un 80 %, en Italia 6503 en tan solo los 10 primeros meses del 2016, en Alemania 8991, en Francia 1 de cada 3 de los menores no acompañados reubicados del campamento de refugiados de Calais» (Missing Children

Europe, 2017: 7-8). Por ese motivo, la Comisión Europea, en el año 2017 ha recordado a los Estados miembros de la UE que

los migrantes menores desaparecidos tienen el mismo derecho a la protección que los menores nacionales protegidos. Hacer frente al fenómeno de los menores desaparecidos exige la creación de mecanismos de prevención y respuesta eficaces. Para su protección, los menores desaparecidos encontrados en cualquier lugar del territorio de la UE han de ser identificados, registrados, y derivados a las autoridades de protección de menores con celeridad. Deben existir protocolos y procedimientos para informar sistemáticamente y actuar en casos de menores no acompañados que desaparezcan. Todos estos casos de MENA desaparecidos han de ser registrados por la policía, que debe alertar sobre la desaparición en el Sistema de Información de Schengen (SIS) y mantenerse en contacto con la oficina nacional SIRENE. Los Estados miembros deben solicitar que se dicte una orden de Interpol sobre personas desaparecidas, haciendo que también participe, cuando proceda, Interpol. Entre las medidas para lograr una mayor sensibilización sobre la cuestión de los menores desaparecidos podrían incluirse también campañas de información en lugares públicos pertinentes. (2017: 7-8)

Los menores extranjeros no acompañados desaparecidos en El Salvador se desconocen, al no existir registro alguno. Además, el CONNA no tiene registrada ninguna asociación que trabaje específicamente con menores extranjeros no acompañados, aunque sí existen algunas asociaciones registradas que trabajan con la población migrante. Entre las mismas están la OIM, Save The Children, Catholic Relief Service, comité estadounidense para migrantes y refugiados, Cruz Roja internacional y Cruz Roja salvadoreña.

Una ausencia de información tan grave nos exige explicar las razones que la hacen posible. El sistema de protección de menores está regulado por el artículo 105 de la LEPINA, referido a la composición del sistema de protección integral, y los artículos 169-178 de la LEPINA referentes a la Red de Atención Compartida (RAC), y el Reglamento de Organización y funcionamiento de la RAC del 2012 en su plenitud. Conforme a esta normativa las organizaciones o asociaciones encargadas de la protección de los menores pueden ser privadas, públicas o mixtas, si bien todas han de estar sometidas a la aprobación del CONNA. Pero no existe una entidad específica encargada de la protección de la niñez y adolescencia extranjera. Además, dado el alto coste que los menores extranjeros no acompañados representan para los Esta-

dos, aunque en teoría son beneficiarios del sistema en la LEPINA, de hecho, su protección queda en manos de la Red de atención compartida. Esto es, se pierden a través del sistema.

4.3.3. (Des)conexión entre protección de menores y extranjería: con especial atención a la residencia del menor no acompañado

En la normativa de extranjería y migración salvadoreña vigente no existe la categoría jurídica «MENA». Por ende, no hay ningún problema en torno a su documentación porque estos solo son documentados como solicitantes de asilo, refugiados o víctimas de trata (Serrano Sánchez, 2019b). Por el contrario, en el caso español sí existe esta categoría jurídica y un tipo de residencia general para el colectivo de menores no acompañados. Por ese motivo, este apartado está destinado exclusivamente al análisis de la problemática española. En concreto, examinaremos los principales obstáculos administrativos y legales para que el menor no acompañado acceda a su documentación identitaria y residencia inicial. Para ello, los menores deben contar con un representante que los asista (arts. 2 y 4 j, Convenio de La Haya de 1996).

A continuación, pasamos a su exposición. El primer problema con el que se encuentra el menor no acompañado está en que solo es documentado desde su llegada por la policía nacional con un número de identidad de extranjero (NIE). Este NIE se les concede en un plazo máximo de 42 horas. Sin embargo, no se les provee de una autorización de residencia provisional que les habilite para demostrar la legalidad de su permanencia o para trabajar en el caso de que tengan la edad suficiente para ello. Consideramos que esto es algo que contradice al derecho europeo, el cual obliga a la documentación del menor desde su llegada, aunque sea con carácter temporal, mientras se decide su permanencia o retorno³⁰⁹. Con la misma casuística otros Estados no europeos como México han apostado por conceder a los menores no acompañados un tipo de autorización de residencia temporal con carácter provisional, en este caso denominada «tarjeta de visitante por razones humanitarias», mientras se decide sobre su permanencia o retorno. Una autorización que habilita a los adolescentes en edad

³⁰⁹ *Vid.* art. 8 Directiva 2001/55/CE, arts. 6 y 7 Directiva 2013/33/UE, arts. 24.1 y 24.2 Directiva 2011/95/UE.

laboral a trabajar³¹⁰. Nosotros consideramos que documentar al menor desde el inicio como está haciendo México, aunque sea de manera provisional, atiende al interés superior de éste. El razonamiento que hacemos para esta propuesta es el siguiente: los menores pueden ser retornados en cualquier momento posterior a la concesión de la residencia (art. 35.8 LOEx)³¹¹, por lo que su documentación desde su llegada no supone ningún perjuicio para nadie. Más bien, se trata de una medida de protección que evita el riesgo de que caer en redes de trata de personas, y, por consiguiente, en desaparición.

Cuando los menores no acompañados adquieren el derecho a la residencia en España, el hecho de no haber sido identificados en frontera como víctimas de trata, potenciales solicitantes de asilo, etc., provoca que no tengan acceso a la residencia general, además de afectarles respecto a los recursos que les deben ser asignados según sus necesidades específicas (arts. 35 LOEx y 196 RLOEx). Esta diferencia tiene consecuencias, además, respecto al tiempo de la protección, pues el sistema solo se ocupará de ellos hasta la mayoría de edad (De Lorenzo, 2006b: 866-867).

Para que el menor no acompañado sea documentado con una autorización de residencia por el procedimiento general de los MENA, se han de cumplir los siguientes requisitos temporales y formales: el transcurso de un plazo mínimo de 3 meses (capítulo VI, apartado 3.1, letra a, Protocolo Marco)³¹² o máximo de 9 meses (art. 196.1 RLOEx)³¹³ a contar desde su llegada y puesta a disposición del servicio de protección de menores; ser un menor de imposible

³¹⁰ Arts. 52, apartado V, letra b, y 72 de la Ley de migración mexicana (DOF 25/05/2011); y arts. 169-177 del Reglamento de la Ley de migración mexicana del 2011 (DOF 23/05/2014).

³¹¹ El art. 35.8 de la LOEx dispone que «[l]a concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo».

³¹² El apartado 3.1 a de la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados dispone que, «[s]in perjuicio de lo establecido en el REX, se considera a tales efectos que tres meses desde la puesta a disposición del MENA del Centro de protección de menores es tiempo suficiente para que, por parte de la Entidad pública de protección de menores, se solicite la autorización de residencia». BOE núm. 251 de fecha 16/10/2014.

³¹³ El art. 196.1 del RLOEx dispone que «[u]na vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero».

repatriación; la existencia de declaración de desamparo y tutela *ex lege* asumida por la administración autonómica, y estar provisto de pasaporte o cédula de inscripción (Vinaixa Miquel, 2019: 584).

En este procedimiento de documentación del menor por el procedimiento general de los MENA concurren un conjunto de irregularidades y trabas que afectan gravemente a los adolescentes. La primera irregularidad detectada en el procedimiento general de los MENA está al inicio, por parte de la entidad autonómica donde se encuentra el menor, en el trámite de documentación preferentemente con pasaporte y subsidiariamente con cédula de inscripción (art. 34.2 LOEx y art. 211 RLOEx) (López de los Mozos Díaz-Madroñero, 2013: 172). La entidad autonómica hasta que no asume la tutela *ex lege* del menor no acompañado no se pone en contacto con la embajada del país de origen del menor para solicitar su pasaporte, y en caso de que el Estado de origen se niegue a su documentación, solicita al Ministerio de Interior español su documentación con una cédula de inscripción³¹⁴. Baste recordar que para dictar la declaración de desamparo y asunción de la tutela transcurre un plazo mínimo de tres o cuatro meses, y que la mayoría de estos menores llegan indocumentados³¹⁵. La obtención de la cédula de inscripción puede retrasar el inicio del procedimiento de solicitud inicial de residencia hasta un año, lo que afectará a los adolescentes extranjeros no acompañados con edades próximas a la mayoría de edad. Nosotros pensamos que el interés superior del menor no acompañado, con independencia de su edad, está en que la entidad autonómica les designe un tutor o representante provisional del menor, figura a la que aludíamos en el apartado anterior. La función principal de esta figura de protección provisional sería solicitar en nombre del menor no acompañado indocumentado el pasaporte o cédula de inscripción. De tal manera que cuando la

³¹⁴ La cédula de inscripción se otorga únicamente cuando la embajada del país del menor indocumentado no quiere documentarlo con un pasaporte y este hecho queda acreditado. Se concede por razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. La cédula sirve únicamente para acreditar su identidad. No supone de por sí la autorización de residencia (*vid.* De Lorenzo Segrelles, 2006a: 855-856).

³¹⁵ Madrigal Martínez-Pereda y García Hernández consideran que «tres meses es el plazo límite en el que, si no se ha optado por la reintegración familiar del MENA, se debería constituir formalmente la tutela. Si la Entidad pública autonómica no dicta declaración de desamparo en ese plazo y no asume formalmente la tutela, el Fiscal está obligado a promover ante la jurisdicción civil, en defensa de los derechos del MENA, las acciones recogidas en el art. 158 Cciv». Madrigal Martínez-Pereda y García Hernández, 2013: 83-84.

entidad autonómica asuma la tutela *ex lege* del menor, éste ya estaría provisto de la documentación necesaria para iniciar el trámite de solicitud de residencia inicial³¹⁶. Con todo, consideramos que la legislación de extranjería debería permitir la presentación de la declaración de la guarda y tutela provisionales para iniciar el trámite de residencia inicial del MENA (Flores González, 2018: 356-359; y Cabedo Mallol, 2016: 70-71).

La segunda irregularidad detectada se da cuando se inicia la tramitación de la residencia inicial por parte de la administración del Estado y se produce pasividad por parte de la entidad autonómica que asume la tutela *ex lege* del menor. Hay oficinas de extranjería que interpretan la normativa vigente permitiendo que se documente al menor con la autorización de residencia a los tres meses y otras a los nueve meses³¹⁷. Entendemos que la entidad autonómica, como tutora, debería adoptar un rol más activo en la defensa de los derechos e intereses del menor no acompañado frente a la posible arbitrariedad de la administración del Estado. La entidad autonómica debe, en virtud del artículo 196.2 RLOEx, instar a la Oficina de Extranjería a iniciar el procedimiento relativo a la autorización de residencia a partir de los tres

³¹⁶ Hay un conjunto de principios que deben inspirar las actuaciones administrativas, entre los que cabe mencionar los siguientes: eficacia, economía procesal y celeridad (art. 103 CE y Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas). Los anteriores principios deben conjugarse con los procedentes del derecho internacional tales como el principio del interés superior del menor y supremacía de la condición de menor. Estos principios deberían conducir a la administración pública a dotar a este menor de la documentación que acredite su situación administrativa en España mientras se decide sobre su repatriación o sobre su permanencia. Al mismo tiempo se estaría evitando que la administración estuviera vulnerando el derecho fundamental de este menor a que no haya una dilación indebida en su regularización mientras esté bajo nuestra jurisdicción. El derecho a no padecer dilaciones indebidas es el derecho de toda persona a que su causa sea resuelta dentro de un tiempo razonable (art. 24.2 CE), el cual goza de autonomía respecto del derecho a un proceso, a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Oubiña Barbolla, 2016: 250-264.

³¹⁷ Esta práctica administrativa ha sido denunciada por el Defensor del Pueblo, quien señala que «en Melilla, hay un número importante de personas que han alcanzado la mayoría de edad, tras años de tutela, sin ser titulares de la autorización de residencia que les corresponde, o contando con autorización, no se le ha emitido la tarjeta de identidad de extranjero que documenta dicha residencia. A otros menores se les ha concedido la residencia, pero no se les ha notificado, por lo que no cuentan ni con la autorización de residencia ni con la tarjeta de identidad de extranjero. En Cádiz, la Subdelegación del Gobierno denegó la renovación de la autorización de residencia de un MENA, basada en que había sido objeto de medidas judiciales de reforma, sin que ese motivo venga recogido en la normativa de extranjería como causa de extinción de la residencia del menor». España, Defensor del Pueblo, 2018: 52.

meses³¹⁸. Así evitaríamos que la administración del Estado opte por tramitar de oficio la residencia del MENA a los 9 meses, y no a los 3, perjudicando a los adolescentes extranjeros no acompañados tutelados con una edad próxima a la mayoría de edad. Consideramos que cuando la entidad autonómica no asume este rol activo y perjudica los intereses del adolescente extranjero no acompañado. El Ministerio Fiscal, en su función de vigilancia de tutela y defensa de los derechos fundamentales de los menores tutelados, debe intervenir exigiendo a la entidad autonómica el cumplimiento de sus deberes tutelares³¹⁹.

La suma de ambas irregularidades provoca que el adolescente extranjero no acompañado sea documentado con la residencia inicial tardíamente, ocasionándole un perjuicio irreparable que se mantendrá durante su mayoría de edad. Nos referimos al impacto que tiene este tipo de actuación sobre el tipo de residencia. El adolescente extranjero no acompañado que no fue documentado con la residencia durante su minoría de edad, cuando alcance la mayoría de edad, solo podrá documentarse por la residencia por circunstancias excepcionales (art. 198 RLOEx). El resto de los adolescentes que fueron documentados durante su minoría de edad serán documentados con una residencia más beneficiosa (art. 197 RLOEx) (Martín Conty, 2018: 233-234).

La tercera irregularidad detectada es la relativa a la inexacta regulación del tipo de residencia inicial con el que se debe documentar al MENA. Los artículos 35 LOEx y 196 RLOEx solo hacen referencia a cuándo los MENA tienen derecho a la residencia, pero no a qué tipo de residencia inicial. Una irregularidad que se ha intentado subsanar, el 6 de marzo del año 2020, con la publicación de la Instrucción 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migracio-

³¹⁸ «El Protocolo Marco 2014 establece el plazo máximo de 3 meses para que la Entidad pública de protección de menores, una vez que haya constatado la situación de desamparo del menor, dicte la resolución administrativa respectiva y asuma la tutela. Este plazo impide que se alargue el período de la indefinición de la protección del menor que precede a la declaración de desamparo». Lázaro González, 2014: 265-286.

³¹⁹ «El núm. 5 del apartado 22 del Protocolo de Actuaciones del Fiscal en las inspecciones a Centros de Protección de Menores aprobado por el FGE en febrero de 2009 afirma que procede una actuación coordinada del Fiscal de Menores que instará, por un lado, a la entidad pública al cumplimiento de sus deberes tutelares, y, por otro lado, en materia de extranjería actuará contra la Delegación o Subdelegación de Gobierno en el orden contencioso, si la negativa a la concesión de documentación del MENA procede de estas últimas instancias señaladas». Madrigal Martínez-Pereda y García Hernández, 2013: 83-84.

nes por la que se habilita a trabajar a menores extranjeros en edad laboral³²⁰. A través de esta norma se insta a todas las Oficinas de Extranjería de España a documentar a todos los MENA, sin excepción, con una autorización de residencia con excepción al derecho al trabajo por cuenta ajena. Un tipo de residencia que les permitirá trabajar a los adolescentes no acompañados partir de cumplir los 16 años sin necesidad de realizar ningún otro trámite administrativo. Sin embargo, nada se dice sobre si este tipo de residencia que se le concede es la autorización de residencia no lucrativa con la excepción del derecho al trabajo, o es una autorización de residencia por cuenta ajena, sin que se tengan en cuenta los requisitos legales de disponer el adolescente de un contrato de trabajo y de medios económicos suficientes el empleador de este. Tampoco se ha clarificado qué sucede con los MENA que ya han sido documentados con otro tipo de residencia más perjudicial para este tipo de menores como puede ser, por ejemplo, la residencia no lucrativa, sin exceptuación del derecho al trabajo. Lo anterior nos conduce a cuestionarnos qué tipo de residencia inicial se ha concedido a estos menores hasta el año 2020, y cómo incide en la renovación de su residencia al cumplir la mayoría de edad.

Hasta la publicación de la Instrucción 1/2020, ya mencionada, las decisiones de la administración pública competente, y sus funcionarios, se mueven entre cuatro posibles respuestas distintas a la solicitud de residencia inicial de un MENA. Unas más perjudiciales y otras más beneficiosas, sobre todo para los adolescentes extranjeros no acompañados en edad próxima a la mayoría de edad y edad laboral. Respuestas que afectarán a su derecho humano a la vida, a la supervivencia, desarrollo, autonomía progresiva, trabajo, y a un proyecto de vida propio³²¹.

³²⁰ Disponible en: http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgje/documentos/2020/report_final_200305_Instruccion_MENAS.pdf [consultado a 8 de enero de 2021].

³²¹ «Múltiples filósofos, entre quienes están Jean Paul Sartre (Sartre, 1949), Xavier Zubiri (Zubiri, 1948), Martin Heidegger (Heidegger, 1951), Karl Jaspers (Jaspers, 1968) y Julián Marías (Marías, 1960) analizan qué se entiende por proyecto de vida o libertad ontológica» (Sobre estas concepciones de proyecto de vida, *vid.* Fernández Sessarego, 2013: 551-579). Cuando nosotros utilizamos la noción de proyecto de vida la estamos usando en el sentido de Heidegger. Esto es, lo que cada ser humano ha decidido ser y hacer en su vida, de acuerdo con una escala personal de valores. Significa otorgarle una razón de ser a su existencia. Una razón de ser que es individual y que puede dar lugar a que cada infante, adolescente y joven extranjero no acompañado tenga una razón de ser totalmente distinta el uno del otro. Así, por ejemplo, el proyecto de vida de un inmigrante económico pudiera ser permanecer en el Estado de acogida y conseguir un trabajo

La primera respuesta de la administración pública a la solicitud de residencia inicial de un MENA puede ser que la delegación o subdelegación competente resuelva no otorgar la residencia inicial por estar próximo a cumplir la mayoría de edad cuando se inicia el procedimiento, o por no permanecer nueve meses bajo el servicio de protección de menores (art. 196.1 RLOEx). Esta *mala praxis* administrativa viene produciéndose desde antes del RLOEx vigente, tal y como ha confirmado la sentencia número 11 de 24 de enero de 2018 del Juzgado contencioso-administrativo número 4 de Bilbao y la sentencia número 124 de 13 de julio de 2017 del mismo juzgado³²². Estas sentencias dictaminan que se le ha de otorgar la autorización de residencia inicial a un ex MENA imponiéndole las costas procesales a la administración. Advierten que el artículo 35.7 de la LOEx no establece ningún límite temporal bajo tutela de los centros de protección para que les sea otorgada la residencia. Es más, la interpretación más acorde al límite de nueve meses del artículo 196.1 del RLOEX sería aquella que lleva a considerar que siempre que haya transcurrido un periodo de nueve meses, se haya constatado la imposibilidad o no de repatriación, se otorgará la autorización temporal³²³. Asimismo, el Defensor del Pueblo desde el año 2005 ha venido formulando y repitiendo las mismas recomendaciones a varias entidades administrativas con respecto a la práctica administrativa habitual de no expedir autorización de residencia o la tarjeta de identidad a extranjeros adolescentes fugados de los centros de menores o con edades próximas a la mayoría de edad. Entre dichas entidades están: la Subdelegación de Melilla, Subdelegación de Gobierno en Santa Cruz de Tenerife y Consejería de familia y asuntos sociales de la Comunidad de Madrid (España, Defensor del Pueblo, 2017c: 67-93). Esta opción convierte a todos estos menores y jóvenes extranjeros no acompañados en indocumentados, con el consiguiente perjuicio para el ejercicio de sus derechos e incremento de riesgos.

cuanto antes para poder enviar dinero a su familia biológica, esto es, el auto sostenimiento y el de sus familias; la de un refugiado, estudiar y reunirse con su familia en el Estado de acogida o con adultos del entorno de confianza de su familia; la de una víctima de trata, el sentirse protegida y tener el apoyo psicoemocional para superar el trance vivido y para no volver a ser captada, etc. Un proyecto de vida que puede verse truncado, como sucede en este caso, por impedimentos jurídicos, políticos, y sociales.

³²² España. Juzgado de lo Contencioso Administrativo, núm. 4, Bilbao, SST. 11/2018 de 24 de enero y 13/2017 de 13 de julio.

³²³ FJ 2º sentencia 11/2018 y 124/2017.

La segunda respuesta de la administración pública a la solicitud de residencia inicial puede ser la de otorgar la residencia no lucrativa con una vigencia de un año al MENA que esté tutelado por un centro de protección de menores, con el inconveniente de que no puede trabajar, aun teniendo capacidad laboral suficiente durante su minoría de edad. Una prohibición que se mantiene cuando accede a la mayoría de edad (arts. 196.4 y 197 RLOEx). A este respecto, debe recordarse que los adolescentes extranjeros de 16 y 17 años residentes legales tienen derecho a trabajar conforme al derecho europeo y al español (art. 7 de la CSE y el art. 7 del Estatuto de los trabajadores). Para solicitar la correspondiente autorización de trabajo deberán ser representados por el tutor o representante de la entidad pública correspondiente (Rivas Vallejo, 2010: 371-393). Esta opción ha sido la práctica habitual de la administración pública: no se ha permitido a la mayoría de los adolescentes extranjeros no acompañados tutelados trabajar.

Prueba de ello, son los datos oficiales del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, que destacan que en el año 2016 unos 45 MENA tutelados contaban con autorización de residencia que les permitía trabajar³²⁴, y la aprobación de la Instrucción del año 2020, ya mencionada, instando a las Oficinas de Extranjería a otorgarles una autorización de residencia que les permita trabajar. Si comparamos este dato del año 2016 con el número de MENA en acogimiento familiar o residencial de ese mismo año, comprobamos que solo el 1,78% de MENA de los acogidos contaban con una autorización de residencia que les permitiera trabajar. Esto nos lleva a sostener que se ha estado produciendo una violación institucional del derecho al trabajo y a la protección económica, así como a la autonomía progresiva de los adolescentes extranjeros no acompañados en edad laboral tutelados por la administración pública. Un derecho al trabajo, que no lo olvidemos es básico y clave en la vida de cualquier persona y, más aún, para un MENA. Frente a esta violación, el Ministerio Fiscal, garante de los derechos fundamentales de los menores, no está haciendo nada. Solo el Defensor del Pueblo, el 28 de diciembre de 2016, denunció esta práctica administrativa habitual y recomendó al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Secretaría General de Inmigración y Emigración que se hiciera constar «en las tarjetas de identidad de los MENA, mayores de 16 años, que se encuentran

³²⁴ Información obtenida mediante solicitud de información al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

autorizados a trabajar, a la vista de que la normativa aplicable autoriza a estos menores a acceder al mercado laboral a partir de dicha edad, sin ningún otro trámite administrativo»³²⁵. Una recomendación que ha sido aceptada y que ha dado lugar a la aprobación de la Instrucción 1/2020, ya mencionada.

El inconveniente de haberle otorgado al MENA una autorización de residencia inicial no lucrativa está en que deberá renovarla *per se* cuando cumpla la mayoría de edad, para lo cual requiere «recursos económicos propios»³²⁶ equiparables a un importe mensual del 100% del IPREM para la primera renovación, y 400% del IPREM para la segunda renovación y siguientes. Evidentemente, entre los recursos económicos no podrá aportar un contrato de trabajo, porque no tiene derecho a trabajar con este tipo de residencia. Por consiguiente, se estaría empujando al joven extranjero no acompañado ex tutelado a una situación de irregularidad sobrevenida al cumplir la mayoría de edad y salir de los recursos de acogida autonómicos.

Solo de manera excepcional y temporal, entre abril y septiembre del año 2020 se ha permitido que los jóvenes ex tutelados no acompañados que tuvieran una residencia no lucrativa y edades comprendidas entre los 18 y 22 años pudieran trabajar en actividades agrícolas. Unos sujetos a los que se les concedería como premio por sus servicios durante la crisis sanitaria del COVID-19, previa solicitud por el interesado entre el 1 y 30 de octubre del año 2020, una

³²⁵ España. Defensor del Pueblo. Recomendación 28 de diciembre 2016. Menores extranjeros no acompañados. Autorización para trabajar en las tarjetas de identidad de menores extranjeros no acompañados, mayores de 16 años. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/autorizacion-para-trabajar-de-menores-extranjeros-no-acompanados/> [consultado a 16 de abril de 2018].

³²⁶ No se tienen en cuenta como «medios económicos propios» las ayudas de carácter social recibidas a través de programas de las comunidades autónomas de jóvenes ex tutelados. En esta línea se ha pronunciado la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en dos ocasiones, al afirmar que «los medios económicos que se exigen para la renovación de una autorización ordinaria de residencia temporal no lucrativa (art. 47 del Reglamento) no pueden proceder de ayudas públicas, pues al ser beneficiarios de esos subsidios lo que evidencian es la falta de capacidad económica para residir en España durante la vigencia de una autorización lucrativa. El incumplimiento del requisito de medios económicos en los términos establecidos por el legislador como condición necesaria para obtener la renovación de la autorización, determina por sí sola la denegación de la renovación, haciendo innecesaria la valoración de otras circunstancias que no se establecen como substitutivas o moderadoras de dicha exigencia por el legislador» (Fundamento de derecho 1º, STS 110/2019. Roj: STSJ PV 110/2019 – ECLI: ES:TSJPV: 2019:110). Lo mismo se establece en la STS 1155/2018, la que sentó el precedente de denegar recurso de casación y confirmar sentencia denegando la renovación de la autorización de residencia por carecer de medios propios un joven ex tutelado. Roj: STS 2768/2018 – ECLI: ES:TS: 2018:2768.

autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena con una duración de 2 años. Esta vez sin restricciones profesionales o geográficas³²⁷.

La tercera respuesta de la administración pública puede ser la de otorgar al MENA primero la autorización de residencia temporal no lucrativa, y, después, previa solicitud del representante legal del menor tutelado, la excepción a la autorización de trabajo (art. 41 j LOEx y art. 117 j RLOEx)³²⁸. De la redacción del último inciso del artículo 117, letra j, del RLOEx entendemos que lo único que habría que demostrar para tener la autorización de residencia temporal con excepción al trabajo es estar tutelados por un centro de protección de menores y contar con la edad necesaria para acceder al mercado laboral (Durán Bernardino, 2019). Una situación que se acredita aportando la declaración de desamparo (o la decisión de guarda provisional) y la documentación que evidencie la edad exacta o aproximada del sujeto. Esta no sería la mejor opción para el adolescente extranjero tutelado en edad de trabajar³²⁹, al no

³²⁷ Este cambio normativo está en tres normas de extranjería aprobadas durante la pandemia COVID-19: arts. 2.1, letra d, art. 5.3, letra e, del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario. BOE núm. 98, de 08/04/2020; y Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. BOE núm. 150, de 27/05/2020; e Instrucciones DGM 9/2020 sobre el régimen aplicable a los jóvenes, nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular de entre los 18 y los 21 años que hayan sido empleados en el sector agrario con base en el RDL 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, cuando finalice su vigencia, de 29/09/2020. Disponible en: http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/normativa/nacional/instrucciones_sgie/index.html

³²⁸ El art. 41 j LOEx dispone que «no será necesaria la obtención de permiso de trabajo para el ejercicio de las actividades de los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social». Y el art. 117 j del RLOEx dispone que «[e]stán exceptuados de la obligación de obtener autorización de trabajo para el ejercicio de una actividad lucrativa, laboral, o profesional los extranjeros que están incluidos en el art. 41 de la LOEx y que cumplan las siguientes condiciones: los menores extranjeros en edad laboral tutelados por un servicio de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social. Esta situación quedará probada con la acreditación de que el servicio citado ejerce la tutela del menor y la presentación por parte.

³²⁹ Los menores extranjeros no acompañados no son los únicos menores extranjeros tutelados por la administración pública. También están los hijos de los menores extranjeros no acompañados nacidos aquí; los menores extranjeros nacidos en España o reagrupados por sus padres extranjeros residentes legales que han caído en situación de riesgo o desamparo residiendo ya en España; y los menores extranjeros nacidos en un tercer país, adoptados por españoles, y abandonados por sus padres adoptivos una vez que entran en España».

permitir su modificación a la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o propia, cuando acceda a la mayoría de edad (art. 118.4 RLOEx)³³⁰, dado que solo cabría la renovación de la autorización de residencia como si se tratara de una residencia temporal de carácter no lucrativo. Una modalidad que no da derecho a trabajar (art. 197.2 RLOEx).

La cuarta respuesta de la administración pública puede ser que se les otorgue a estos menores desde el inicio y a la vez la residencia temporal no lucrativa y la excepción a la autorización de trabajo al MENA en edad laboral. En nuestra opinión, esta opción sería la más próxima al interés superior del menor. Solo esta cuarta posibilidad ayudaría a salvar la restricción de derechos que sufren los MENA en el tránsito a la mayoría de edad, y les daría la posibilidad de acceder a una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia o ajena, cuando adquieren la mayoría de edad acreditando medios económicos suficientes, contrato o contratos de trabajo de vigencia sucesiva, requisitos de los apartados a, b, c, y d del artículo 105.3 del RLOEx, y el grado de inserción del solicitante en la sociedad española (Claro Quintans y Lázaro González, 2016a: 786). Si el solicitante ex MENA hubiera tenido la residencia inicial no lucrativa con excepción a la autorización de trabajo, al hacerle la modificación (art. 200 del RLOEx) a la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, se le otorgaría este tipo de residencia por un período de dos años, salvo que le correspondiera la residencia de larga duración (art. 197.4 RLOEx). Esta última respuesta es la única que fomenta la autonomía progresiva del adolescente y la integración social.

Téngase en cuenta que la obtención de la independencia económica de la administración pública es esencial para que estos sujetos, cuando pierden el derecho a la protección económica por su condición de menor, no deban regresar a su país por carecer de recursos económicos con los que autosostenerse en el Estado de acogida. En ese sentido, debemos advertir que la normativa de extranjería no ha previsto como elementos esenciales aquellos relativos a la renovación de la autorización de residencia de un joven no acompañado ex tutelado que continúe protegido por una comunidad autónoma dentro de

³³⁰ El art. 118.4 del RLOEx dispone que «el hecho de haber sido titular de una excepción de autorización de trabajo no generará derechos para la obtención de una autorización de trabajo por cuenta propia o ajena».

un programa dirigido a lograr su plena autonomía e integración social. Los vacíos sobre el tránsito a la adultez o a la autonomía de un ex MENA tutelado nos parecen graves (Vinaixa Miquel, 2019: 571-602). No hay ningún tipo de residencia regulada para estos menores que se convierten en «jóvenes extranjeros no acompañados en situación de vulnerabilidad social»³³¹ y para aquellos otros jóvenes extranjeros ex tutelados en situación de irregularidad sobrevenida³³².

No se les facilita su permanencia en el Estado de acogida con el que ha creado un vínculo afectivo-emocional y en el que han comenzado su proyecto de vida a través de la realización de los estudios pertinentes que les habiliten para el ejercicio de la profesión deseada. Se obvian los años que estos sujetos han estado bajo el amparo de las Administraciones autonómicas españolas, y que el vínculo que tienen con la sociedad de acogida es mayor que el que ya tienen con la suya de origen, además de ignorarse las dificultades psicosociales y administrativas para integrarse en su país origen, un país que les obliga a marcharse y a sufrir un doloroso proceso migratorio³³³. Son jóvenes que, por regla general, no cuentan con el apoyo económico, social y de vivienda que en nuestra cultura una familia biológica provee a sus jóvenes (Cuenca París et al., 2018: 234). En definitiva, quedan marcados por su lugar de nacimiento y no por el lugar de residencia o desenvolvimiento de su vida, sin poder alegar

³³¹ Por jóvenes extranjeros no acompañados en situación de vulnerabilidad social nos referimos a aquellos jóvenes, ya mayores de edad, que: a) fueron tutelados como MENA durante su minoría de edad; b) tuvieron trabas administrativas para documentarse durante la minoría de edad y para acceder al primer empleo; c) tuvieron una excepción a la autorización de trabajo de los arts. 41 j LOEx y 117 j del RLOEx, la cual supuso una traba administrativa para permanecer en España al acceder a la mayoría de edad; y d) permanecen bajo la «tutela supervisada» en programas de jóvenes ex tutelados o ayuda al tránsito de la adultez. Son jóvenes que aún no han terminado los estudios suficientes para acceder a su primer empleo.

³³² La irregularidad sobrevenida de los jóvenes extranjeros no acompañados pretende subsanarse mediante una reforma del Reglamento de extranjería que otorgue autorización de residencia y trabajo al cumplir los 18 años y 1 día. Información disponible en: <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-migraciones-trabaja-modificacion-ley-extranjeria-menas-puedan-trabajar-partir-18-anos-20201102105448.html> [consultado a 6 de enero de 2021].

³³³ En los tiempos actuales el tránsito de la juventud a la vida adulta se ha prolongado con carácter general para los jóvenes, quienes viven mayor tiempo en casa de sus padres, y estos contribuyen a su subsistencia por un tiempo más largo mientras aquellos consiguen los estudios suficientes para lograr su primer empleo. Este tránsito a la vida adulta contiene mayor dificultad para aquellos jóvenes extranjeros ex tutelados al no contar con esa familia en el país de acogida, y al tener que integrarse en un sistema educativo y de cualificación profesional distinto al del país de origen (Goyette, 2010: 44).

buen comportamiento, ni tan siquiera adaptación e inserción en la sociedad de acogida³³⁴.

Todo lo expuesto nos permite afirmar que las normas en materia de extranjería, relativas a estos menores, no están siendo utilizadas por el Estado de acogida para protegerlos de las situaciones de vulnerabilidad y eliminar cualquier tipo de discriminación que pudiera surgir, sino para reforzar un discurso excluyente o limitante de los derechos humanos del «otro menor». Aquí iría bien el aforismo *las leyes son normas, pero también son armas* (D'Ors, 1947: 1043-1045).

³³⁴ En ese sentido se ha pronunciado la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de julio de 2018 al dictaminar que «la exigencia de los medios económicos para la obtención de la autorización de residencia a los ex MENA es legítima y acorde con la normativa europea y con el principio de control de la política migratoria. Añade que el legislador ya tuvo en cuenta las especiales circunstancias bajo las que se encuentra el menor no acompañado al acceder a la mayoría de edad. Por ese motivo, redujo la cuantía de los medios económicos a acreditar en la renovación de la autorización de residencia no lucrativa del menor del 400% (art. 47.1, letra a, del RLOEx), al 100% del IPREM (art. 197.2 del RLOEx). Por consiguiente, el incumplimiento de la exigencia económica del 100% del IPREM, en los términos establecidos y valorados por el legislador, es condición necesaria para obtener la renovación de la autorización, y determina por sí sola la denegación de la renovación. Este incumplimiento haría innecesaria la valoración de otras circunstancias que no se establecen como sustitutivas o moderadoras de dicha exigencia por el legislador», FJ 2º y 3º STS 9 de julio de 2018. Disponible en el buscador del Centro de documentación judicial.

Capítulo 3

DEFINICIÓN Y MEDICIÓN DEL GRADO DE VULNERABILIDAD DEL COLECTIVO MENA: UNA GUÍA LEGAL DESDE EL MARCO SUPRANACIONAL

Los dos capítulos anteriores de nuestra investigación han sido esenciales para describir la subordiscriminación estructural y jurídica que padecen los integrantes del grupo vulnerable heterogéneo de los MENA en los Estados receptores (Barrère Unzueta, 2016: 17-34). Unos menores a los que España y El Salvador les están negando su derecho humano a una vida digna al impedirles el acceso en su territorio al núcleo duro de los derechos y libertades sobre los que pivotan tal derecho básico. Estamos hablando de derecho a la protección específica, acceso a recursos, asilo, trabajo, residencia, tutela, representación, representación legal y vida familiar.

Tras exponer las múltiples violencias que sufren estos menores y adolescentes durante todo el proceso migratorio, en el presente capítulo, focalizaremos nuestra atención en:

1. exponer las vulnerabilidades de los menores migrantes no acompañados reconocidas en las observaciones generales del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y del Comité de los derechos del niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. Para comprender qué aporta este reconocimiento de situación de vulnerabilidad con respecto a la existencia de subordiscriminación, hemos debido detenernos en el análisis doctrinal del término y en el discurso internacional sobre qué se entiende por vulnerabilidad y qué derechos humanos de la niñez y adolescencia se estarían redefiniendo a través del reconocimiento de situaciones de vulnerabilidad y discriminación estructural o sistémica; y,
2. además, dada la dispersión, enumerar los principios internacionales que deben regir las garantías y medidas de protección de los menores migrantes no acompañados, a fin de concluir con algunas propuestas de *lege ferenda*.

1. DELIMITACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL REGIONAL DE LA NOCIÓN DE VULNERABILIDAD Y GRUPO VULNERABLE: CON ESPECIAL ALUSIÓN A LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

No podíamos concluir este trabajo sin hacer referencia a términos como grupos vulnerables, situación de vulnerabilidad y sector más vulnerable de la sociedad, calificaciones que aparecen cada vez más en declaraciones políticas, documentos oficiales y textos jurídicos, al tiempo que se presentan como presupuesto de diferentes acciones legislativas. Sin embargo, pese a su utilización, no existe todavía una conceptualización clara a nivel jurídico, debiendo acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para intentar captar su complejidad y la forma en que este término se está incorporando al discurso jurídico (Fernández Villazón, 2016: 112). Sirva como ejemplo, en el caso español, el artículo 10.3 LOPJM, modificado por la Ley 26/2015 de 28 de julio, que hace mención expresa a los MENA como grupo vulnerable¹. De conformidad con este precepto son grupos vulnerables los menores que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos. Igualmente, en la motivación del Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de 8 de enero de 2019 se declara que «un caso especial de vulnerabilidad lo representan los MENA»². Como cabe percibir de esta enumeración de situaciones, se consideran situaciones de vulnerabilidad situaciones muy diversas, las cuales sólo parecen tener en común la existencia de necesidades especiales de protección, las cuales deben ser proporcionadas a estos menores por los daños padecidos o las capacidades diferentes que tienen. En el caso salvadoreño

¹ El art. 10.3 de la LOPJM tras la reforma del año 2015 dispone que «[l]os menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley» (BOE núm. 180 de 29/07/2015).

² España, Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de 8 de enero de 2019 (BOCG núm. 22-1, de 19/06/2021)

no encontramos una mención expresa a los MENA como grupo vulnerable, pero desde el año 2009 sí se califica, en el Considerando IV LEPINA, a «las niñas, niños, y adolescentes como el sector más vulnerable de la sociedad», por lo que ha de entenderse que, dada su especial situación, los MENA forman parte, sin duda, de este reconocimiento³.

El carácter heterogéneo de los MENA, unido a la indeterminación jurídica del término vulnerabilidad a nivel jurídico, nos exige en primer lugar algún tipo de precisión doctrinal. Uno de los principales problemas para la determinación jurídica del término vulnerabilidad está en que es un concepto exportado de la psicología, donde se atiende a la especificidad de las necesidades de un sujeto o grupo determinado, pero que al introducirlo en el discurso jurídico, en nuestra opinión, introduce confusión con respecto a la calificación de estos menores como grupo subdiscriminado, pues parece poner el énfasis en la dimensión individual o contextual del problema y no en su carácter estructural o sistémico, tal y como hemos venido argumentando en los capítulos anteriores.

Excede el objetivo de esta investigación analizar en profundidad y de forma exhaustiva la vulnerabilidad como concepto jurídico y su evolución jurisprudencial, pero no podíamos dejar de abordar esta cuestión, al entender que con este nuevo enfoque se hace perder centralidad al principio de igualdad y a la responsabilidad de los Estados en su realización, para centrar los esfuerzos solo en la protección y cobertura de necesidades especiales.

1.1. Definición doctrinal

La mayoría de las teorías sobre vulnerabilidad y grupo vulnerable giran en torno a las ideas de desigualdad y necesidad de protección (Barrère Unzueta, 2016: 17-34), sin existir un consenso claro respecto a su contenido en el discurso jurídico, hasta el punto de encontrarnos con definiciones que exponen

³ Considerando IV LEPINA: «Que las niñas, niños y adolescentes, nacen e inician su vida como seres completamente dependientes y sujetos plenos de derechos, constituyéndose como el sector más vulnerable de la sociedad, ya que el cambio de ésta, así como las medidas legislativas que el Estado toma, tienen mayores repercusiones en ellos que sobre cualquier otro grupo de la sociedad, en razón de lo cual se vuelve conveniente emitir una Ley que los proteja de manera integral, ya que es obligación del Estado, brindar la seguridad y certeza jurídica que toda niña, niño y adolescente necesita para su pleno desarrollo» (DO núm. 168, tomo 383, de 16/04/2009).

lo que no es la vulnerabilidad. Este es el caso de Fernández Villazón, quien afirma que el término vulnerabilidad no es sinónimo de debilidad, puesto que nos hallamos ante una situación transitoria y provocada por el desfavorecimiento de la persona o una insuficiente protección. Esto implica que nos encontramos ante una situación o condición de vulnerabilidad que puede y debe ser superada, mientras que la debilidad alude a una situación intrínseca de la persona que puede ser paliada pero no eliminada (Fernández Villazón, 2016: 115). Por esta razón, el término debilidad es el que emplean los sistemas paternalistas para hablar de caridad y no de solidaridad, justicia social o actuación responsable⁴. Sin embargo, esta definición chocaría con algunos de los grupos considerados vulnerables por el artículo 10.3 LOPJM, anteriormente mencionados, puesto que se incluye también a las personas con discapacidad. Lo importante del planteamiento defendido por Fernández Villazón es que se opone a todos aquellos planteamientos que exaltan el carácter naturalista de la vulnerabilidad, al entender que conduce a la estigmatización y excesiva generalización de estos grupos (Luna, 2009a: 262; Levine et al., 2004: 44-49).

La principal dificultad que encontramos para compatibilizar la existencia de la subdiscriminación de los MENA con la vulnerabilidad es que son calificaciones que atienden a dimensiones diferentes del problema, como ya hemos dicho. De ahí la necesidad de buscar un punto de equilibrio a nivel jurídico con el fin de posibilitar su convivencia sin conflicto. Esto nos exige, en primer lugar, controlar el grado de particularidad que introduce el término vulnerabilidad, para que este no disuelva el núcleo duro que representa la subdiscriminación, ligada esencialmente al principio de igualdad real respecto a este grupo de menores y adolescentes.

Un exceso de particularismo, así como una excesiva generalización harán ineficaces en la práctica las medidas de protección jurídica que se demandan y las ya existentes (Beloff y Clérico, 2016: 139-178). Por esta razón, nos posicionamos, junto a quienes destacan que la vulnerabilidad entraña un proceso interseccional (Crenshaw, 1989: 139-167), estructural (Young, 2011) y multidimensional (Luna, 2008: 60-67; Busso, 2001; y Caro Blanco, 2015: 28-39). Esta triple característica la podemos contemplar en la Observación general conjunta número 3 (2017) del Comité de protección de los derechos de todos los traba-

⁴ El debate actual sobre el término vulnerabilidad gira alrededor de su conexión con dignidad, solidaridad y responsabilidad. *Vid.* Monereo Atienza, 2018: 375-402; y Salcedo Hernández, 2018: 47-65.

jadores migratorios y de sus familiares y número 22 (2017) del Comité de los derechos del niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional⁵, la cual expone, en el punto 3 de su introducción, que «los niños pueden encontrarse en una doble situación de vulnerabilidad como niños y como niños afectados por la migración», a lo que suma otras vulnerabilidades que «pueden estar relacionadas con su origen nacional étnico o social; género; orientación sexual o identidad de género; religión; discapacidad; situación en materia de migración o residencia; situación en materia de ciudadanía; edad; situación económica; opinión política o de otra índole; u otra condición». A la luz de esta extensa y abierta enumeración de causas que confluyen y situaciones de vulnerabilidad, es fácil ver que la mayoría son causas tradicionales de discriminación. Hasta el punto de encontrar en la propia Observación citada que la protección «contra la discriminación no puede condicionarse al hecho de que una persona se encuentra en situación regular en el país de acogida». Se es consciente en todo momento que la protección exige desarrollar obligaciones para los Estados miembros con el objetivo de crear políticas basadas en hacer efectivos los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional, en particular respecto a los objetivos de gestión de la migración u otras consideraciones administrativas y políticas (Estupiñán-Silva, 2014: 193-231). Así como también hacer cumplir a los Estados los principios fundamentales de la Convención con respecto a los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional. Cuando las diferentes causas de discriminación interaccionan entre sí, no sólo aparece una situación específica, también la vulnerabilidad se acrecienta (Unicef, 2014), apareciendo lo que Ulrike Brandl y Philip Czech denominan «vulnerabilidad compuesta», situación en la que se encuentran los MENA (Brandl y Czech, 2017: 251-253). Es más, la Observación general conjunta 3(2017) y 22 (2017), anteriormente citada, en su párrafo 23 afirma que los Estados han de adoptar medidas dirigidas a «proteger a los niños frente a formas de discriminación múltiples y concomitantes, a lo largo del proceso de migración, también en el país de origen y al regresar a él, como consecuencia de su situación de residencia»,

⁵ Estas observaciones han de leerse e interpretarse junto a la observación general conjunta núm. 4(2017) del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y la núm. 23(2017) del Comité de los derechos del niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

continuando, al hacerlo «se debe prestar atención especial a los problemas y vulnerabilidades específicos de cada género y de cualquier otra índole que puedan superponerse». En otras ocasiones, la Observación una vulnerabilidad a riesgo, en su párrafo 40 dice: «Los niños no acompañados y separados, pueden enfrentarse a mayores vulnerabilidades y pueden estar más expuestos a riesgos como violencia por motivo de género, violencia sexual y otras formas de violencia y trata con fines de explotación sexual o laboral». Incluso se llega a decir que, aunque la migración puede ofrecer oportunidades de mejorar las condiciones de vida y escapar de los abusos, los procesos de migración están sometidos a todo tipo de riesgos, entre los que menciona la discriminación. Por último, hay que destacar que también aparecen mencionadas las «circunstancias concretas de vulnerabilidad», en el párrafo 42. Resulta difícil a la luz de estas citas llevar a cabo con rigor una delimitación conceptual precisa entre discriminación, vulnerabilidad y riesgo. Aunque, sin duda, sería necesaria y debería abordarse en el futuro. Por esta razón, hemos optado por hablar de discriminación y vulnerabilidad en la materia que nos ocupa, al entender que ambas situaciones se producen y en muchas ocasiones se implementan entre sí.

La discriminación y vulnerabilidad *in crescendo* que padecen los MENA lleva a algunos autores a sostener que nos encontramos ante una verdadera crisis humanitaria, pues a la situación de desprotección personal se suman otros factores como son la extrema pobreza, la desigualdad, la falta de acceso a servicios básicos, la deficiente gobernanza y todas las situaciones de riesgo y daños que se producen durante el proceso migratorio, dando lugar a una situación que sin duda puede calificarse como de catástrofe humana, al multiplicarse exponencialmente los daños y efectos destructivos para el desarrollo del menor o adolescente» (Churrua Muguruza, 2014: 45-70). Ante la vaguedad que hemos visto que encierra doctrinalmente el término vulnerabilidad a nivel jurídico, el paso siguiente es comprobar si la jurisprudencia ha subsanado esta indeterminación.

1.2. Interpretación jurisprudencial europea e interamericana

En el caso europeo, la definición de grupo vulnerable y de vulnerabilidad se ha instado desde dos tribunales internacionales, el TJUE y el TEDH. Y, en el supuesto interamericano, desde la CIDH. Por su mayor amplitud, empezaremos desarrollando el concepto jurisprudencial europeo para pasar a continuación al interamericano.

1.2.1. Concepto de vulnerabilidad y grupo vulnerable europeo

El término «grupo vulnerable» en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE se utiliza para hacer referencia a grupos históricamente discriminados como son, por ejemplo, los menores, las mujeres, los romaníes, los discapacitados, los solicitantes de asilo, los refugiados, las personas detenidas, el colectivo LGTBI o las personas portadoras del VIH (Timmer, 2013; Peroni, y Timmer, 2013; Ippolito, 2015; Lavrysen, 2015; Stoyanova, 2012; López Ulla, 2013b; Fernández Villazón, 2016; Barrère Unzueta, 2016). Grupos a los que recientemente se han sido incorporados los MENA.

Para afirmar qué personas forman parte de un grupo vulnerable, ambos tribunales han destacado que el origen está en los prejuicios, los perjuicios, la estigmatización padecida, así como las desventajas sociales y las privaciones materiales sufridas. Por consiguiente, se utiliza la expresión «vulnerabilidad» para destacar los obstáculos que existen en el disfrute de los derechos humanos; las garantías procesales; y las obligaciones, de hacer y de no hacer, de los Estados y sus autoridades, quienes tienen la responsabilidad de remover los impedimentos existentes y proporcionar igualdad sustantiva (Mustaniemi-Laakso, 2016: 1-29). Como cabe deducir de estas afirmaciones, no parece el término vulnerabilidad añadir nada a la calificación de grupos sociales subdiscriminados, al hablarse de desigualdad en el número de derechos reconocidos o en sus garantías y nivel de protección. ¿Si no añade la vulnerabilidad nada a la calificación de discriminación, por qué se utiliza y se abandona el término discriminación, que sería más correcto en el sistema jurídico, dado que existe una definición universal de discriminación en el artículo 1 de la CEDAW? Pensamos que se trata de eludir todas las problemáticas existentes en torno al discurso de los derechos humanos, sujetos de derechos y ensanchamiento de la ciudadanía, expuestas en el capítulo 1, para poner la centralidad en el contexto migratorio tanto a nivel individual como grupal. Esto explica la indeterminación y ambigüedad que envuelve al término vulnerabilidad y su constante evolución en el marco de la jurisprudencia de los altos tribunales internacionales en materia de derechos humanos. Por esa razón, en este apartado solo nos detendremos en exponer las situaciones de vulnerabilidad o condiciones de vulnerabilidad que envuelven a los procesos migratorios de menores y adolescentes, y en especial aquellas que están presentes en el grupo heterogéneo de los MENA, reconocidas por los organismos internacionales de interpretación de los derechos del niño. A continuación, pasamos a su exposición.

a) Condición de niño

La primera condición de vulnerabilidad que atañe a los MENA es la referida a su condición de niño, niña y adolescente. Nos adherimos a Francesca Ippolito al sostener que

la vulnerabilidad de un menor de edad, con independencia de su nacionalidad o situación migratoria, por su condición de niño, niña, y adolescente está relacionada con la dependencia física, emocional y económica a su familia, y está íntimamente conectada con la autonomía limitada del menor y su desarrollo progresivo. Una vulnerabilidad que obliga a los Estados y a sus autoridades a emprender acciones positivas y negativas, así como otorgarles garantías procesales. (Ippolito, 2015: 23-47)

En el caso de los menores migrantes no acompañados las garantías procesales y acciones positivas de los Estados o negativas de sus autoridades se definen atendiendo a la interseccionalidad que se produce en los menores y adolescentes dada su co-pertenencia a varios grupos vulnerables. Por esta razón, la subordiscriminación y vulnerabilidad⁶ de este grupo es especialmente grave, pero también específica. Esto es, no solo son menores, sino que también son demandantes de asilo, refugiados, víctimas de trata, discapacitados, personas privadas de libertad, miembros del colectivo LGTBI, personas retornadas, portadores del VIH, etc. (Johnson et al., 2013: 1-10).

En cuanto a las obligaciones positivas, o de hacer, de los Estados para con respecto a las y los menores migrantes debemos señalar que se distancian entre sí dependiendo de si se trata de un ciudadano de un Estado miembro de la UE o de un extranjero. El hecho de que un MENA carezca de nacionalidad de un Estado miembro de la UE y de ciudadanía europea conduce, como veremos a continuación, a que las garantías procesales y las obligaciones de hacer de los Estados miembros de la UE sean menores que las existentes para los menores con ciudadanía europea. Sirva como ejemplo

⁶ Utilizamos ambos términos para evidenciar que la subordiscriminación, conectada al no reconocimiento de este grupo social como un pleno sujeto de derecho y ciudadanía activa, puede ser completada si entendemos la vulnerabilidad como un término a nivel jurídico que pone en valor el contexto migratorio y la vulnerabilidad individual. Se trataría de combinar adecuadamente el nivel sistemático e individual, lo que resulta de sumo interés si se pretende dar respuesta satisfactoria a las necesidades específicas y daños que sufre este grupo social, tan necesitado de protección y reparación.

el caso Ruiz-Zambrano⁷. En este contencioso, mantenido ante el TJUE, se exigió a un Estado miembro que autorizara a los progenitores extranjeros de un menor con nacionalidad del Estado miembro de la controversia a residir y trabajar en ese Estado acompañando al menor, en la medida en que su denegación privaría al menor del disfrute efectivo esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano europeo. Sin embargo, esto no sucede si se trata de un menor extranjero, y en particular de un menor o adolescente no acompañado. En el supuesto de un MENA, tal y como establece la STJUE de 12 de abril de 2018, asunto C-550/16⁸, el derecho de residencia y trabajo de los progenitores del menor iría vinculado al derecho de reagrupación familiar del menor refugiado no acompañado.

b) Condición de demandante de asilo

La segunda condición de vulnerabilidad de los MENA definida jurisprudencialmente está relacionada con su pertenencia al colectivo de los demandantes de asilo, y se acota atendiendo a tres momentos clave del proceso migratorio de los menores no acompañados: durante su llegada, definiendo las obligaciones de los Estados y sus autoridades fronterizas; en el procedimiento de solicitud de asilo, determinando cómo debe realizarse la entrevista y análisis de la solicitud de asilo; y durante su permanencia, una vez que se le ha asignado el estatus de refugiado, en el procedimiento de reunificación familiar.

En cuanto a las obligaciones de los Estados y las autoridades fronterizas en la sentencia 11 de diciembre de 2018, caso M. A. y otros contra Lituania⁹, el TEDH establece la obligación de los Estados de respetar y proteger los derechos humanos en sus fronteras. El tribunal analiza el derecho interno lituano advirtiendo que cualquier decisión adoptada de conformidad con la Ley de extranjería¹⁰, debe tener en cuenta el interés superior de los niños y las personas vulnerables. Además, le advierte sobre su sumisión al derecho internacional y al europeo, al tiempo que le recuerda que conforme al artículo 16 del Cód-

⁷ UE. TJUE. Asunto C-34/09, Sentencia de fecha 8 de marzo de 2011, Caso Ruiz-Zambrano.

⁸ UE. TJUE. Asunto C-550/16, Sentencia de 12 de abril de 2018, A y S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.

⁹ Consejo de Europa. TEDH. Sentence 11 December 2018, Case of M.A. and Others v. Lithuania (Application no. 59793/17).

¹⁰ Pensemos que las leyes de extranjería están siendo utilizadas como justificación para limitar derecho o resignificar su contenido.

go de fronteras Schengen, el Estado está obligado a formar y a entrenar a sus autoridades en el control fronterizo. Esto significa que las autoridades deberán detectar las situaciones que envuelven a grupos vulnerables como son menores, menores no acompañados y víctimas de trata, actuando en consecuencia. Para el logro de este fin el Estado debe fomentar el aprendizaje de idiomas en estas autoridades y garantizar el acceso al asilo. Es más, en cualquier decisión que tomen estas autoridades debe prevalecer la vulnerabilidad extrema del niño como un factor decisivo, con respecto a cualquier otro, como puede ser el de inmigrante ilegal. El tribunal afirma que

las fronteras terrestres no son zonas de exclusión o excepción de las obligaciones de derechos humanos de los Estados, y esta observación también se aplica a las zonas intermedias entre las cercas fronterizas y las zonas de tránsito. Se presume que la jurisdicción bajo la ley de derechos humanos y de refugiados se ejerce dentro del territorio de un Estado, incluidas las fronteras terrestres, las zonas interseccionales, las zonas de tránsito o las áreas que de otra manera se extiende con fines de inmigración¹¹.

Esta sentencia tiene el interés de establecer las obligaciones mínimas de los Estados y sus autoridades competentes en las fronteras, sin entrar a exponer la necesidad de un protocolo de intervención primaria e identificación del perfil del menor migrante no acompañado en frontera, el cual permita desvelar desde un inicio el régimen jurídico de extranjería interno que le sería aplicable. Una necesidad que venimos defendiendo desde el capítulo 2, y que nos servirá de base a la hora de establecer nuestras conclusiones¹².

En cuanto al procedimiento de solicitud de asilo hay numerosas sentencias del TEDH y del TJUE que debemos tener en cuenta, aunque estén dirigidas a adultos. Sirvan como ejemplo, la STJUE de 24 de abril de 2018, asunto C-353/16¹³, en la que el TJUE obliga a los Estados a

prestar particular atención, a la hora de evaluar la solicitud de asilo de una persona, a la especial vulnerabilidad por mantener afecciones psicológicas que le fueron causadas en su país de origen al ser víctima de torturas o

¹¹ Consejo de Europa. STEDH de 11 de diciembre de 2018: párrs. 25, 27, 33 y 57.

¹² *Vid.* capítulo 2.

¹³ UE. TJUE. Asunto C-353/16, Sentencia de 24 de abril de 2018, procedimiento prejudicial entre M. P. y Secretary of State for the Home Department.

tratos inhumanos o degradantes, y que pueden exacerbarse en caso de expulsión, provocando su suicidio. Esta persona tendría derecho al estatuto de protección subsidiaria¹⁴.

El interés de esta sentencia está en mostrar la evolución experimentada en el interior de los factores de vulnerabilidad, y al hecho de poder ser utilizada por analogía a la hora de decidir sobre el retorno, o no, de un MENA. Si pensamos en las múltiples situaciones de vulnerabilidad y daños que sufre un MENA, pensamos que el daño psicológico siempre existe, por lo que debería siempre tomarse en consideración a la hora de decidir el ser retornado. Estimamos, en atención a estos argumentos, que lo más próximo al interés superior del menor en estos casos sería que la propia autoridad competente en resolver sobre el retorno inste al tutor del menor o a su representante a solicitar asilo, y a las autoridades competentes en materia de asilo a resolver la solicitud de asilo concediendo el estatus de protección subsidiaria.

Asimismo, en la STJUE de 9 de febrero de 2017, asunto 560/14¹⁵, el Tribunal ha obligado a los Estados a

celebrar también una audiencia oral si, a la vista de la situación personal o general en la que se inscribe la solicitud de protección subsidiaria, en particular en caso de una especial vulnerabilidad del solicitante atendiendo, por ejemplo, a su edad, a su estado de salud o al hecho de que haya sufrido formas graves de violencia, resulta que tal audiencia es necesaria para permitir al solicitante manifestarse de manera completa y coherente acerca de los elementos que pueden fundamentar dicha solicitud¹⁶.

Como esta sentencia revela, es de suma importancia aportar un enfoque de edad al procedimiento de solicitud de asilo, obligando a los Estados a que los menores sean siempre escuchados, pero de forma distinta a la empleada para con los adultos.

En la misma línea, en la sentencia del TJUE de 2 de diciembre del 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13¹⁷, se dan instrucciones a los Es-

¹⁴ UE. STJUE de 24 de abril de 2018: párrs. 42 y 59.

¹⁵ UE. TJUE. Asunto C-560/14, sentencia de 9 de febrero de 2017, Procedimiento prejudicial entre M y Minister for Justice and Equality, Irland Attorney General.

¹⁶ UE. STJUE de 9 de febrero de 2017: párr. 51.

¹⁷ UE. TJUE. Sentencia de 2 de diciembre de 2014, Asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, A (asunto C-148/13), B (asunto C-149/13), C (asunto C-150/13) y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.

tados sobre cómo debe valorarse la vulnerabilidad de un solicitante de asilo por razón de orientación sexual. El tribunal advierte a las autoridades estatales encargadas de conceder o retirar la condición de refugiado que no podrán realizar interrogatorios basados únicamente en conceptos estereotipados relativos a los homosexuales. Ni interrogatorios detallados sobre las prácticas sexuales de un solicitante de asilo, ni tampoco podrán obligar al solicitante a someterse a «exámenes» para demostrar su homosexualidad o presentar grabaciones en vídeos en donde se reproduzcan determinados actos sexuales. Tampoco se podrá denegar la solicitud de asilo alegando que carecen de verosimilitud las declaraciones del solicitante de asilo, con base en que no invocó en el primer contacto, donde se le solicitó que expusiera los motivos de su petición, su orientación homosexual¹⁸. La sentencia demuestra que no solo hay que escuchar a un MENA, sino que hay que saberlo escuchar. Es relevante tomar en consideración que la mayoría de las veces estos menores han sufrido graves traumas durante su proyecto migratorio ante los que la mente para sobrevivir trata de olvidar. Por este motivo, la primera narración que ofrecen a las autoridades sobre su vivencia personal está llena de ambigüedades y contradicciones, lo que en modo alguno implica falta de veracidad. Al contrario, un exceso de lógica y coherencia es lo que nos debe hacer dudar (Hadjab Boudiaf, 2016: 100-104). Consideramos relevante, como en su día se hizo con la violencia de género, desarrollar guías pedagógicas y orientativas con el fin de aportar un conocimiento no estereotipado sobre la realidad que envuelve al fenómeno migratorio, y en especial cuando estos son menores o adolescentes no acompañados.

En cuanto a qué métodos se podrían utilizar para indagar sobre la orientación sexual del MENA solicitante de asilo, por parte de los Estados y sus autoridades, se debe tener en cuenta la sentencia de 25 de enero de 2018, asunto C-473/16¹⁹, en la que el tribunal establece que, en el caso de que la autoridad responsable de examinar las solicitudes de protección internacional ordenara un dictamen pericial para la valoración de los hechos y las circunstancias relativas a la orientación sexual alegada por el solicitante de asilo, los métodos empleados deben respetar los derechos fundamentales garantizados por la Carta

¹⁸ UE. STJUE de 2 de diciembre de 2014: párrs. 12, 70 y 73.

¹⁹ UE. TJUE. Sentencia de 25 de enero de 2018, Asunto C-473/16, procedimiento prejudicial entre F y Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal.

de los derechos fundamentales de la UE. Además, la autoridad competente no podrá fundamentar su decisión exclusivamente en las conclusiones del dictamen pericial y no quedará vinculada por estas conclusiones al valorar las declaraciones del solicitante sobre su orientación sexual. También se establece que para valorar la credibilidad de la declaración del solicitante no se podrá llevar a cabo un examen psicológico basándose en test de personalidad proyectivo²⁰. Para concluir, cabe decir que existe un vacío legal respecto al procedimiento específico que en nuestra opinión debería de existir para determinar o no el asilo de un menor no acompañado por motivos de orientación sexual, porque entendemos que han de darse, como dice la sentencia, medidas especiales de valoración y comprensión de la situación.

En la ya mencionada sentencia del STJUE de 12 de abril de 2018, asunto C-550/16, el tribunal alude también a que el interés superior del menor debe constituir la consideración primordial de los Estados miembros a la hora de aplicar las directivas europeas de asilo. En atención a esta exigencia el interés superior del MENA solicitante de asilo debe conducir a que la solicitud de protección internacional y de reagrupación familiar de estos menores tenga carácter prioritario respecto a la de los adultos, y además debe reducirse y constestar en un plazo razonable, que en principio será de tres meses desde que se reconoció la condición de refugiado del menor no acompañado²¹. Cuestiones todas ellas muy pertinentes y que ya han sido abordadas en el capítulo 2²².

c) Situación de detención, sujeción o privación de libertad

La cuarta condición de vulnerabilidad atribuible a los MENA, e íntimamente relacionada, en la mayoría de las ocasiones, con la condición de demandante de asilo o con la de inmigrante irregular, es la situación de detención. Vulnerabilidad que se analiza en la jurisprudencia europea en relación con la detención del menor durante su llegada, en comisarías de policía; mientras se analiza la solicitud de asilo, en campos de refugiados; y mientras se ejecuta el retorno del menor, en centros de internamiento de extranjeros. Una de las sentencias pioneras del TEDH en la que se comienzan a definir las garantías procesales que han de proporcionarse a los MENA en el proceso de detención

²⁰ UE. STJUE de 25 de enero de 2018: párrs. 7 y 72.

²¹ UE. STJUE de 12 de abril de 2018: párrs. 18, 58 y 61.

²² *Vid.* capítulo 2.

es la sentencia de 12 de octubre de 2006, caso de Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica²³. El tribunal en esta sentencia establece las siguientes obligaciones estatales: establecimiento de centros especiales de recepción para menores no acompañados, con especial atención a las y los menores víctimas de trata; asegurar que la estancia en estos centros sea lo más corta posible y que tengan acceso a la educación y asistencia sanitaria durante y después de su estancia en ellos; aprobar una ley que recoja la figura del tutor del menor no acompañado desde el inicio de la solicitud de asilo y después, por el tiempo que sea necesario; asegurar que este servicio sea totalmente independiente, tomando siempre en cuenta el interés superior del menor; asegurar que los menores no acompañados sean informados de sus derechos y tengan acceso a un representante legal durante el proceso del asilo; desarrollar la cooperación y el intercambio de información entre todos los actores implicados, incluida la oficina de extranjería y otras autoridades relevantes, policía, tribunales, centros de recepción y las ONG; asegurar que si se realiza la reagrupación familiar ésta sea llevada a cabo atendiendo al máximo interés del menor; y expandir y desarrollar el seguimiento de los menores no acompañados retornados²⁴. Interesa destacar como esta sentencia incorpora la obligación de protección del menor migrante no solo durante su estancia en el país de acogida sino también una vez que ha retornado.

A la anterior sentencia le sucedieron las sentencias de 5 de abril de 2011, caso Rahimi contra Grecia²⁵ y de 15 de diciembre de 2016, caso Khlaifia y otros contra Italia²⁶. En ellas el TEDH considera un trato indigno, inhumano y degradante el hecho de que el menor fuera internado en condiciones infrahumanas durante 2 días en un centro de internamiento de extranjeros junto a adultos, sin tomarse en consideración su condición de menor y sin adoptar medidas de protección urgentes o provisionales. Estos hechos suponían un claro incumplimiento de la obligación de adoptar medidas de protección efectivas del menor mientras se ejecutaba la decisión de retorno al país de origen (López Ulla, 2013a: 481-497). En ambas decisiones se obliga a los Estados a proveer centros de recepción adecuados con

²³ UE. TEDH. Sentence of 12 october 2006, case of Mubilanzila Mayeka and Kanini Mitunga v. Belgium.

²⁴ UE. STEDH de 12 de octubre de 2006: párr. 28.

²⁵ UE. TEDH. Arrêt 5 avril 2011, affaire Rahimi c. Grèce.

²⁶ UE. TEDH. Sentence 15 December 2016, Case of Khlaifia and Others v. Italy.

servicios y a asegurarse que los menores no sean detenidos, y, además, se mantengan separados de los adultos²⁷.

En cuanto a la vulnerabilidad de los MENA que se encuentran detenidos en campos de refugiados, en la sentencia del TEDH de 28 de febrero de 2019, caso Khan contra Francia²⁸, se reseña la vulnerabilidad extrema que padecen los MENA solicitantes de asilo y la primacía que debe darse a su condición de niño sobre la de extranjero y/o situación administrativa. El tribunal considera que existe un trato inhumano y degradante al prolongarse la permanencia del MENA solicitante de asilo en un campo de refugiados, donde no se le ha aportado la protección que necesita, ni tan siquiera el saneamiento básico. El menor vivió en condiciones de hacinamiento en un entorno no apto para un menor y en una situación de inseguridad inaceptable por su edad temprana. Las circunstancias extremadamente negativas que prevalecen en los campamentos improvisados y el incumplimiento de la orden judicial destinada a trasladar al MENA a un centro de protección de menores lo antes posible, junto a la falta de control del Estado sobre las condiciones en las que vivía este menor en el campo de refugiados, permiten al TEDH declarar que se ha producido por parte del Estado una clara violación de sus obligaciones de hacer. Francia, como Estado parte, debe garantizar a las personas dentro de su jurisdicción los derechos y libertades establecidos en la CEDH, así como evitar que las mismas sean sometidas a torturas o a tratos o penas inhumanas o degradantes. La protección debe ser efectiva e incluir medidas razonables para prevenir los malos tratos que las autoridades sabían o deberían haber conocido²⁹.

Advertimos que el internamiento de los MENA solicitantes de asilo en campos de refugiados no siempre es un trato inhumano y degradante *per se*. En ese sentido, se ha pronunciado el TEDH en el caso Affaire H. A. y otros contra Grecia³⁰. En este se afirma que las condiciones en las que se encontraban los menores no acompañados en el campo de refugiados Diavata en Grecia fueron las adecuadas y no supusieron ningún trato inhumano o degradante *per se* (art. 3 CEDH). Destaca también que dicho campo de refugiados fue montado y es gestionado por una ONG y las condiciones de vivencia en módulos separados entre adultos y menores solicitantes son óptimas.

²⁷ UE. STEDH de 15 de diciembre de 2016: párrs. 92 y 175.

²⁸ UE. TEDH. Arrêt 28 février 2019, affaire Khan c. France.

²⁹ UE. TEDH. Affaire Khan c. France, STEDH 28 de febrero de 2019, párrs. 72-97.

³⁰ UE. TEDH. Arrêt 28 février 2019, affaire H. A. et autres c. Grèce.

En cuanto a la definición de vulnerabilidad de los MENA en comisarías de policía, el TEDH, en el caso *Affaire H. A.* y otros contra Grecia, considera que sí hubo trato inhumano y degradante de los menores con carácter previo en las dependencias policiales en las que los menores fueron detenidos antes de ser enviados al campo de refugiados Diavata. Se afirma que la detención en esos locales les hizo sentirse a estos menores aislados del mundo exterior, con consecuencias potencialmente negativas para su bienestar físico y moral. Durante la estancia en las comisarías de policía se privó a los menores de libertad de manera ilícita, de asistencia social y psicológica. Además, en el procedimiento entablado como consecuencia de su entrada ilegal en Grecia, el fiscal del tribunal penal, quien fue el representante legal de estos menores en el procedimiento judicial, no les puso en contacto con un abogado y no presentó en nombre de los MENA un recurso de apelación con el fin de interrumpir su detención y acelerar su traslado a instalaciones apropiadas.

Para finalizar, debemos advertir que, en todas las decisiones analizadas en este apartado, se hacen visibles dos características comunes: el hacinamiento y la privación de libertad. Un dato relevante debido a la situación de sobresaturación o hacinamiento de los MENA que existe en los centros de protección de menores y que ha sido constantemente denunciada por las ONG (Ceriani Cernadas, 2019: 93-101). Por analogía con las sentencias analizadas, entendemos que debe considerarse por el TEDH un trato inhumano y degradante el proporcionado a los MENA en determinados centros de protección de menores donde se encuentran hacinados y «privados de libertad»³¹. No obstante, este enfoque aún no ha sido desarrollado jurisprudencialmente.

d) Pobreza y situación de dependencia

Un sector de la doctrina afirma que la pobreza es concebida por el TEDH y TJUE como una vulnerabilidad social de carácter multidimensional. Esto es, es generada por un conjunto de factores como son: el estado laboral, la educación, el estado legal, la condición física, el lugar de residencia, etc. Esta vulnerabilidad es definida como la falta de capacidad de la persona para man-

³¹ *Vid.* El concepto de privación de libertad y la obligación internacional de los Estados de no detención que desarrollamos en el capítulo 1 de la presente tesis doctoral.

tener o mejorar su bienestar material. La persona es vulnerable de caer en una situación de extrema pobreza como consecuencia de la desventaja y exclusión que padece en el acceso a los derechos humanos de primera generación (civiles y políticos) (Lavrysen, 2015: 323). Otro sector de la doctrina alude a una posible vulnerabilidad económica y no social (Nadakavukaren Schefer, 2017: 401-427). Para nosotros, los MENA sufren tanto vulnerabilidad legal como socioeconómica. Entendemos que es la falta de recursos económicos, junto a la falta de vías humanitarias y de inmigración legal, la condición de inmigrante irregular y la situación de desprotección que vive las que conducen a estos menores y adolescentes a ser víctimas de trata o a vivir en condiciones de servidumbre y carencias materiales graves.

Para Stoyanova la jurisprudencia del TEDH no ha establecido un criterio claro con el que poder definir a los grupos vulnerables. Sin embargo, considera que tanto los trabajadores extranjeros documentados como los indocumentados son categorías vulnerables en los países de destino. Una vulnerabilidad que se acrecienta cuando se trata de un menor (Stoyanova, 2012: 179). Sirva como ejemplo el caso *Silidiadin vs. Francia*, la primera sentencia europea que se pronunció sobre la noción de servidumbre y esclavitud doméstica. En ella se juzgaba el caso de una MENA de 15 años tóguense que, con el consentimiento de sus padres, fue llevada a Francia para trabajar como empleada de hogar por un matrimonio francés. Cuando llegó a ese tercer país los empleadores no le tramitaron el «permiso de residencia»³² y le requisaron su pasaporte. Esta menor se vio obligada a trabajar 15 horas al día sin cobrar un salario por ello. Aquí la vulnerabilidad es definida por el TEDH no por su condición de extranjera sino por su estado de dependencia de los adultos explotadores. Una situación de vulnerabilidad que se evalúa en atención a su minoría de edad y a la falta de protección³³.

Como podemos observar, la noción de vulnerabilidad en los tribunales europeos está sometida a un continuo ensanchamiento y reinterpretación, no solo del término, sino también del derecho internacional, regional y estatal vigente. Los problemas los encontramos al confundirse, en nuestra opinión, la discriminación y desigualdad jurídica con la vulnerabilidad. Pareciera que

³² La normativa y jurisprudencia europea usa el término «permiso de residencia» en lugar de «autorización de residencia». Por ese motivo, aquí estamos utilizando esta terminología.

³³ Consejo de Europa. TEDH. STEDH de 26 de julio de 2005, párrs. 43 y 68.

se evita utilizar el término discriminación, concepto jurídico asentado y que conforma hoy una realidad jurídica potente y de gran valor social. Las razones de esta falta de utilización del término discriminación y su sustitución por vulnerabilidad han sido ya expuestas y nos remitimos a ellas.

1.2.2. Concepto de vulnerabilidad y grupo vulnerable interamericano

Para cierto sector de la doctrina el concepto de vulnerabilidad de la jurisprudencia interamericana se identifica con la desigualdad y desprotección en el acceso y disfrute de los derechos humanos de una persona concreta como individuo y también como miembro de una comunidad (Estupiñán-Silva, 2014; Bellof y Clérico, 2016; Sandoval Mantilla, 2015; Olea Rodríguez, 2016; Lampis, 2013; Arlettaz, 2015b y 2016a; Pérez Vaquero, 2015). En este caso la definición jurisprudencial de vulnerabilidad se identifica con las obligaciones de hacer y de no hacer de los Estados con respecto a las personas «que se encuentren en situación de vulnerabilidad». Este concepto nos parece clave, pues permite dar voz a aquellas personas que se encuentran ante necesidades particulares y específicas. La vertiente individualista de la vulnerabilidad no aparece con tanta claridad en la jurisprudencia europea, ni conectada con claridad a la discriminación. Sin embargo, en la interamericana la vulnerabilidad se anuda a la exigencia de medidas de protección y garantías procesales oportunas a cada individuo o grupo de personas que se encuentre en situación de vulnerabilidad (niños, niños migrantes, niños en situación de calle, migrantes indocumentados, personas detenidas, personas internadas y comunidades indígenas). Lo que nos exige pasar a continuación a exponer los pronunciamientos judiciales de la CIDH, en los que se establecen las obligaciones de hacer y de no hacer que los Estados deben satisfacer para hacer frente a estas situaciones de vulnerabilidad y discriminación.

En nuestra opinión, la situación de vulnerabilidad de los componentes del grupo heterogéneo de los MENA en el sistema interamericano podría provenir de las siguientes circunstancias especiales:

a) Condición de niño

Nos adherimos a Alexandra Sandoval Mantilla al afirmar que desde la OC 17/02 se ha producido un cambio jurisprudencial en la CIDH que consiste en tomar como pilares de la fundamentación de la protección integral del

niño cuatro de los principios de la CDN que son el interés superior, autonomía progresiva, no discriminación y participación (Sandoval Mantilla, 2015: 45-54). Esta autora advierte que el principio de discriminación ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana en múltiples ocasiones, como, por ejemplo, en los casos niñas Yean y Bosico, Gonzalez Lluy, Atala Riffo y niñas vs. Chile y Furlan, en tres sentidos: discriminación por protección desigual ante la ley, discriminación estructural y discriminación indirecta o utilización de juicios de igualdad para determinar si una determinada diferenciación pudo haber sido discriminatoria. Estándares que consideramos aplicables a la niñez migrante no acompañada.

Mary Bellof y Laura Clérico sostienen que

la CIDH ha venido construyendo jurisprudencialmente la noción de vulnerabilidad como un derecho prestacional de la persona o grupo de personas en situación de vulnerabilidad y como una obligación estatal destinada a darle contenido al derecho a la vida digna. Este derecho prestacional implica que los Estados están obligados a generar las condiciones materiales necesarias que permitan desarrollar una existencia digna a todas las personas o grupos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Las condiciones materiales para una vida digna se identifican con el aseguramiento del núcleo duro de derechos de prestación; es decir, aquellos que le permiten a cada persona desarrollar el proyecto de vida que elija. En el caso de los niños, estos derechos se relacionan con el principio del interés superior del niño y con el principio de desarrollo progresivo. (Bellof y Clérico, 2016: 139-178)

El argumento de fondo es lograr la igualdad efectiva de estos menores y adolescentes con respecto a los nacionales, creando las condiciones materiales y jurídicas para garantizarles el ejercicio y disfrute de todos aquellos derechos que les garanticen el desarrollo de su personalidad y la construcción de un proyecto propio de vida en libertad.

b) Pobreza

La pobreza como factor de vulnerabilidad multidimensional ha sido más tomada en consideración por la Corte interamericana que por los tribunales europeos. En la jurisprudencia interamericana la pobreza se conecta con otros factores como son la edad, la situación de riesgo, la exclusión social, la pertenencia a una etnia y la falta de estudios. La primera sentencia de la CIDH que

se ocupa de este factor en relación con la vulnerabilidad es la sentencia de 19 de noviembre de 1999, caso de los niños de la calle³⁴, donde se afirma:

la vulnerabilidad de los niños de la calle radica en su incapacidad de asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos. La consecuente responsabilidad de protección corresponde en principio a la familia. En el caso de niños en riesgo se requieren medidas que emanen del Estado. Un deber de amparo estatal que abarca una amplia gama de intereses sociales, económicos, civiles y políticos del niño³⁵.

En atención a estos argumentos, entendemos que las mismas razones son aplicables a todos los menores no acompañados que viven en situación de calle en España o en El Salvador.

Asimismo, en la sentencia de 20 de octubre de 2016, caso de trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil³⁶, la Corte sostiene que el concepto de vulnerabilidad está vinculado a la titularidad del derecho a la protección especial que tienen todas las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad. Este derecho implica que los Estados están obligados a satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. No basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, es imprescindible desarrollar medidas de acción positiva con el fin de dar cobertura a las necesidades particulares de protección de estos sujetos de derechos. Además, los Estados incurren en responsabilidad internacional cuando, existiendo discriminación estructural, no adoptan medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizada³⁷. A diferencia de lo que hemos visto en los pronunciamientos de los tribunales europeos, en estas sentencias no se ignora la discriminación, y, además, se alude de forma expresa a la discriminación estructural.

En el asunto de trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil se estimó que algunos trabajadores eran menores de edad, y sufrían abuso físico,

³⁴ OEA. CIDH. Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre 1999.

³⁵ *Op. cit.* Caso niños de la calle, 1999: párr. 185.

³⁶ OEA. CIDH. Caso de trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, sentencia de 20 de octubre de 2016.

³⁷ OEA. CIDH. Caso de trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, 2016: párrs. 337-338.

sexual y verbal, además de trabajar en condiciones peligrosas, antihigiénicas y degradantes debido a su extrema pobreza y a su situación de vulnerabilidad y desesperación por sobrevivir. Además, eran afrodescendientes y morenos, originarios de Estados muy pobres, como Piauí, lo que los situaba en una situación de origen de extrema pobreza y vulnerabilidad. La Corte define esta situación como una discriminación estructural y añade que, por razón de la edad, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas de protección especial para no situarlos en posición de total indefensión.

En resumen, y atendiendo al desarrollo que la CIDH lleva a cabo conectando discriminación con vulnerabilidad, entendemos que los Estados están obligados a impedir la ocupación de niños/as en las peores formas de trabajo infantil; prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños/as de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; asegurar a todos los niños que hayan sido liberados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y corresponda, a la formación profesional; identificar los niños/as que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos/as, y, por último, atender a las violencias y riesgos específicos a los que se encuentran expuestas las niñas y adolescentes³⁸.

c) Nacionalidad, apatridia y situación migratoria irregular

La CIDH en la opinión consultiva 18/03³⁹ vinculó la vulnerabilidad por razón de nacionalidad y la situación migratoria, haciendo referencia a la existencia de una vulnerabilidad legal, social y económica de los trabajadores indocumentados. Una situación frente a la que el Estado está obligado a tomar medidas especiales o diferenciadas a fin de garantizar la igualdad entre trabajadores nacionales y extranjeros indocumentado⁴⁰. En atención a este vínculo, los adolescentes extranjeros trabajadores indocumentados deberían recibir el mismo trato y protección que los adolescentes trabajadores nacionales, y los únicos límites en el acceso al trabajo serían los establecidos por la legislación laboral estatal para los menores nacionales (Palacios Sanabria, 2015: 35-65).

³⁸ OEA. CIDH. Caso de trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, 2016: párrs. 114, 226, 303, 331-332 y 337-338.

³⁹ OEA. CIDH. OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

⁴⁰ OEA. CIDH. OC 18/03: párrs. 43 y 71.

El desarrollo de la vulnerabilidad también se ha vinculado en el contexto interamericano con la situación de apatridia de las y los menores. Nos adherimos a Fernando Arlettaz al considerar que este tipo de vulnerabilidad, desarrollada en la sentencia de 8 de septiembre de 2005, caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana⁴¹, es estructural (Arlettaz, 2015b: 430-431). En la sentencia, por una parte, se relaciona el concepto de vulnerabilidad con el deber del Estado de proteger a los menores; y, por otra parte, estima la Corte que el Estado fue el precursor de la condición de marginalidad y vulnerabilidad legal, social y económica de unas menores de origen haitiano al no garantizar su derecho a la nacionalidad, dejándolas expuestas al peligro de ser expulsadas de la República Dominicana. El Estado incumplió su deber de protección de las menores al no adoptar las medidas necesarias para garantizarles el derecho a la nacionalidad, personalidad jurídica, educación, familia y protección judicial. La Corte consideró que los impedimentos arbitrarios que el Estado impuso a estas menores para la obtención de la documentación constituyen una violación directa del derecho a la protección de todos los menores. Además, sostuvo que la apatridia tiene como consecuencia la falta de acceso a los derechos civiles y políticos de una persona, conduciendo a la persona que la padece a una situación de extrema vulnerabilidad. Agrega la Corte a todo lo anterior que, en el caso de estas menores, se comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de la que son titulares se vio impedida⁴².

d) Pertenencia a una comunidad indígena

La CIDH en la sentencia de 17 de junio de 2005, caso Yakye Axa vs. Paraguay⁴³, define la vulnerabilidad como la obligación de los Estados de otorgar la protección efectiva y a tomar en cuenta las particularidades propias, características económicas y sociales, así como la situación especial de los indígenas. Se considera que la situación de vulnerabilidad extrema ha sido creada como resultado de la negligencia del Estado. Un Estado que tiene la obligación de garantizar las condiciones necesarias para la consecución de una vida digna. En

⁴¹ OEA. CIDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005.

⁴² OEA. CIDH. Caso de las niñas Yean y Bosico: párrs. 110, 115, 142 y 167.

⁴³ OEA. CIDH. Caso comunidad indígena Yakye Aza vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005.

este supuesto, la Corte es consciente de las condiciones de extrema precariedad y pobreza que vive esta comunidad indígena, lo que, sumado a la inaccesibilidad geográfica y económica a la atención médica, y el hecho de carecer de tierras, la coloca en situación de grave necesidad.

La manera inadecuada e insuficiente en que son satisfechos los derechos básicos por el Estado agudiza la vulnerabilidad ya existente e impide el desarrollo de proyectos de vida de sus gentes, tanto a nivel individual como colectivo. Por esta razón, la Corte considera que el Estado ha de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas que ya se encuentran en situación de vulnerabilidad y riesgo. La interacción de situaciones de vulnerabilidad obliga a una intervención prioritaria por parte del Estado. Además, en el caso de los niños y las niñas indígenas el Estado tiene la obligación de proveerles de las condiciones básicas orientadas a asegurar que la situación de vulnerabilidad en que se encuentra su comunidad por la falta de territorio no limite en el futuro su desarrollo o destrucción de proyectos propios de vida⁴⁴.

e) Demandante de asilo y situación de sujeción

La CIDH en la sentencia de 25 de noviembre de 2013, caso familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia⁴⁵, define la vulnerabilidad del solicitante de asilo vinculándola a su condición de no nacional. Fernando Arlettaz afirma que en esta sentencia la Corte está introduciendo el derecho a ser escuchado de todos los niños migrantes, estén acompañados o no, en cualquier procedimiento administrativo o judicial que les afecte, incluidos el procedimiento de solicitud de refugio y de expulsión o retorno. Unas garantías procedimentales y medidas de protección que deben atender en todo caso al interés superior del menor (Arlettaz, 2015a: 85-94). Este marco interpretativo de la protección de los derechos humanos de la niñez migrante no acompañada es complementado por la opinión consultiva OC-21/14⁴⁶. En esta ocasión, la

44 OEA. CIDH. Caso Yakye Axa: párrs. 63, 157 e, 158 c y g, 162, 172.

45 OEA. CIDH. Caso familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, sentencia de 25 de noviembre de 2013.

46 OEA. CIDH. OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la república argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

vulnerabilidad se identifica como la exposición a una violación potencial o real de sus derechos humanos por su condición de migrante en situación irregular. Una situación de vulnerabilidad que obliga a los Estados a adoptar medidas especiales para garantizar los derechos humanos de dos grupos sociales en situación de vulnerabilidad como son los migrantes y los niños⁴⁷. En este supuesto la vulnerabilidad se vincula a la condición de no nacional⁴⁸. Una condición de vulnerabilidad que posee una clara dimensión ideológica, al encontrarse vinculada al reconocimiento que cada Estado de origen de los menores y adolescentes reciba por parte del Estado de acogida. Nos adherimos a Carlos Pérez Vaquero al afirmar que la importancia de esta opinión consultiva del año 2014 para los MENA radica en el pronunciamiento de la Corte sobre el déficit de protección que existe en las leyes de extranjería de algunos Estados parte, y en sus leyes y políticas migratorias internas. La mayoría de los Estados carecen de procedimientos para detectar las situaciones de riesgo a las que se enfrentan los niños inmigrantes irregulares que forman parte de los flujos migratorios mixtos. Ante este escenario la Corte define los estándares, principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de derechos humanos aplicables a estos menores migrantes (Pérez Vaquero, 2015: 17-39).

Todo lo anterior nos empuja a afirmar que el concepto de vulnerabilidad, en la jurisprudencia tanto europea como interamericana, permanece en constante evolución, a fin de acercan el derecho a la realidad social, desarrollo y necesidades específicas de protección de cada menor. Y su importancia radica en el establecimiento de una serie de obligaciones, de hacer y no hacer, impuestas a los Estados parte. Unas obligaciones que emergen de una interpretación conjunta del derecho internacional, regional y estatal, lo que significa tomar en consideración la realidad y la gobernanza multinivel que hoy existe en el marco jurídico-político. Además, esta jurisprudencia obliga a los Estados parte a modificar sus políticas públicas y su legislación interna en todo aquello que afecta a los MENA, con el fin de reducir o evitar los daños y violaciones a sus derechos humanos. También cabe destacar que las obligaciones impuestas a los Estados se concretan y desarrollan en atención a los principios y estándares

⁴⁷ OC 21/14: párrs. 2 y 59.

⁴⁸ OEA. CIDH. Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, *supra*, párr. 112; caso Vélez Loor vs. Panamá, *supra*, párr. 99, caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, *supra*, párr. 128, y caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C núm. 251, párr. 152.

internacionales, generando así una dinámica de promoción de la igualdad y de lucha contra todo tipo de discriminación. De ahí la importancia de revisar en el apartado siguiente la definición de vulnerabilidad de los menores migrantes no acompañados en el marco legal supranacional y los principios internacionales informadores de las actuaciones estatales.

2. VULNERABILIDAD/ES DE LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS Y PRINCIPIOS INFORMADORES DE LAS ACTUACIONES ESTATALES

Como venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo de investigación la clave del sistema de protección de menores migrantes no acompañados vigente la encontramos en la CDN y en las observaciones generales emitidas por el Comité de los derechos del niño⁴⁹. Con base en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el rol del Comité como máximo intérprete de la CDN queda legitimado. Este órgano es el encargado de desarrollar observaciones generales que son notas aclaratorias para los Estados parte sobre cómo interpretar y aplicar la Convención, ajustando a ellas su ordenamiento jurídico interno. Estas observaciones generales, a pesar de no constituir *per se* un instrumento jurídico vinculante, tienen un extraordinario valor jurídico (Keller y Grover, 2012: 128-129), dado que terminan por penetrar en el ordenamiento jurídico estatal, a través de las sentencias de los tribunales estatales (Van Alebeek y Nollkaemper, 2012: 356-425). Esto explica que debamos detenernos en analizar los múltiples factores de vulnerabilidad definidos por el Comité de los derechos del niño en sus observaciones generales, a fin de establecer las obligaciones de los Estados y los principios que han de inspirar sus decisiones e interpretaciones.

2.1. Medición del grado de vulnerabilidad

La medición del grado de vulnerabilidad de un menor migrante no acompañado es clave a la hora de establecer las normas aplicables, pero también para fijar las medidas de protección y garantías procesales acordes a sus necesidades

⁴⁹ Vid. capítulo 1 y capítulo 2.

individuales y colectivas específicas. Nuestro principal objetivo es mostrar la necesidad de desarrollar una guía de actuación que permita el desarrollo de una «normativa preventiva y resiliente». Esto es, una normativa capaz de prevenir los riesgos y reducir las vulnerabilidades, al tiempo que empatizar con las necesidades de estos menores y adolescentes otorgándoles el contexto familiar, social, jurídico y político necesario para que puedan desarrollar relaciones de confianza y un proyecto de vida en el Estado en el que deciden vivir (Drammeh, 2010; Suiza. Service Social International, 2017: 157). Al crearles confianza se generan emociones positivas de esperanza en menores y adolescentes que les empujarán hacia la integración y participación en la sociedad de acogida. Con base en todo lo anterior se hace necesario realizar, a continuación, un listado de situaciones de vulnerabilidad.

Estas situaciones las hemos extraído del conjunto de observaciones generales del Comité de los derechos del niño. La finalidad primordial de este listado es servir de guía orientativa a las autoridades estatales que están obligadas a identificar las necesidades de protección, riesgos y vulnerabilidades de cada uno de los menores migrantes no acompañados y actuar en consecuencia. A continuación, pasamos a su exposición.

a) Minoría de edad, adolescencia y tránsito a la adultez

La minoría de edad es el factor de vulnerabilidad transversal aplicable a toda la niñez y adolescencia migrante no acompañada, dado que «los derechos de los niños no sólo están en gran medida ausentes del lenguaje de las normas jurídicas, además, su incorporación a la teoría de los derechos es relativamente reciente y ligada al proceso de especificación» (Barranco Avilés, 2014: 36). Un proceso en el que se deben incorporar los derechos humanos de los menores migrantes no acompañados, los cuales no terminan de penetrar en la política y legislación migratoria.

La edad se configura en todas las observaciones generales del Comité de los derechos del niño como un elemento esencial de vulnerabilidad de todos los menores. Se trata de una situación de vulnerabilidad ligada a la etapa de desarrollo humano de la persona, pero a la que es necesario unir, además, el contexto social e individual en el que esta vulnerabilidad existe, con el fin de desarrollar el mejor sistema de protección y garantía de sus derechos.

La infancia y la adolescencia son etapas de desarrollo humano de la persona y la vulnerabilidad que durante este proceso existe está ligada al contexto y a la edad. El Comité de los derechos del niño, en la observación general

número 4⁵⁰, perfiló el término vulnerabilidad de manera diferenciada para los adolescentes, vinculándolo a la lesión de sus derechos humanos. El Comité sostiene que la adolescencia es una etapa del desarrollo humano, ahora bien, no puede ignorarse que durante la misma los adolescentes llevan a cabo comportamientos de riesgo para su salud (sexualidad sin protección, conductas de riesgo donde miden su fuerza o valor) con el fin de medirse con sus iguales o satisfacer el nivel de exigencia de sus mayores o de la sociedad, lo que los sitúa en situación de vulnerabilidad. Si a estos factores comunes les sumamos factores ambientales, como los conflictos armados o la exclusión social, el grado de vulnerabilidad aumenta, y con él los abusos, violencias y explotación, limitando todo ello de forma grave su capacidad para establecer comportamientos individuales sanos⁵¹.

En la observación general número 13⁵² el Comité identifica la vulnerabilidad como la necesidad de, por un lado, detectar los grupos marginados de niños que se vean en situación de potencial vulnerabilidad, como son, por ejemplo, los niños migrantes (refugiados, solicitantes de asilo, víctimas de trata, menores trabajadores). Y, por otro, como la obligación de los Estados de incorporar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas en todas las etapas de la intervención con menores y adolescentes, lo que va desde la prevención hasta la recuperación y la reintegración. En el desarrollo de todas estas medidas que se imponen a los Estados, éstos deberán tener en cuenta los siguientes aspectos: un enfoque basado en los derechos del niño, las dimensiones de género de la violencia contra menores y adolescentes, la prevención primaria general, el papel central de la familia en las estrategias de cuidado y protección de menores, factores de resiliencia y protección, factores de riesgo, niños en situaciones de vulnerabilidad potencial, asignación de recursos, mecanismos de coordinación y rendición de cuentas⁵³.

En la observación general número 20⁵⁴ el Comité define la vulnerabilidad de los adolescentes como un proceso multidimensional, cuando afirma

⁵⁰ ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño.

⁵¹ *Op. cit.* Observación General núm. 4, 2003: párrs. 2 y 34.

⁵² ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 13 (2011) derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

⁵³ Observación General núm. 13, 2011: párrs. 48 y 72.

⁵⁴ ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.

que: «ciertos grupos de adolescentes pueden verse especialmente afectados por múltiples factores de vulnerabilidad y violaciones de derechos, como la discriminación y la exclusión social». Entre los grupos de adolescentes vulnerables mencionados están las víctimas de trata; los discapacitados; los cabezas de familia; los migrantes (regulares, indocumentados, refugiados, solicitantes de asilo, menores no acompañados y separados); los sumergidos en conflictos armados y desastres humanitarios; los reclutados por las fuerzas y grupos armados; los trabajadores, y las víctimas y autores de delitos. Además, se insta a los Estados parte de la CDN a que subsanen los déficits existentes en sus leyes, políticas y programas estatales centrados en este grupo heterogéneo de menores, con el fin de tomar en consideración la concurrencia de violaciones de derechos y los efectos adversos que las mismas tienen cuando afectan a adolescentes.

Los Estados también están obligados a adoptar medidas que fomenten la autonomía de las y los adolescentes sujetos con modalidades alternativas de cuidado, con el fin de que estas mejoren sus oportunidades de futuro, al subsanar o limitar a mínimos los efectos adversos que la vulnerabilidad y los riesgos particulares a los que se enfrentan les producen.

En el caso de los adolescentes que transitan a la adultez el Comité sugiere que los Estados presten la ayuda necesaria para preparar la transición. Una transición en estrecha relación con el acceso al empleo, la vivienda y el apoyo psicológico, actividades de rehabilitación y servicios de acompañamiento de ex tutelados⁵⁵. En definitiva, el Estado ha de desarrollar el acompañamiento que todo adolescente necesita para desarrollar madurez personal y habilidades sociales imprescindibles. Un acompañamiento que lleva a cabo la familia y la sociedad, pero que en estos casos ha de proporcionar la sociedad de acogida y el Estado.

b) Condición de menor privado de su medio familiar

El Comité de los derechos del niño en la observación general número 6⁵⁶ afirma que

los menores no acompañados y separados de su familia tienen una especial vulnerabilidad reconocida en el art. 20 de la CDN. Estos menores migrantes corren el riesgo de sufrir más violaciones de sus derechos humanos que

⁵⁵ ONU. Observación General núm. 20, 2016: párrs. 26, 53-54 y 77.

⁵⁶ ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

el resto de los menores, incluidos los extranjeros acompañados. El hecho de carecer de su familia biológica o de una familia adoptiva en el país receptor que les aporte apoyo psico-emocional y económico para alcanzar sus metas vitales, les hace especialmente vulnerables a violaciones de sus derechos humanos. (Cobas Cobiella, 2015: 100-119)

Estos menores carecen de un contexto familiar, social, jurídico, político o estatal que les reconozca y proteja en el país al que llegan, lo cual les genera mayor vulnerabilidad. Por este motivo, el Comité de los derechos del niño vincula la noción de vulnerabilidad al deber del Estado receptor de asignar con carácter prioritario recursos a dichos menores, facilitándoles la asistencia que, en el marco de sus mandatos respectivos, ofrecen Unicef y Acnur, entre otros organismos, con el fin de atender adecuadamente a sus necesidades ⁵⁷.

Además, los Estados están obligados a examinar y evaluar las dificultades y vulnerabilidades peculiares de menores y adolescentes al fin de establecer medidas destinadas a rehabilitar su salud. Téngase en cuenta que han experimentado en mayor o menor medida pérdidas importantes, traumas, perturbaciones y violencias. Muchos de ellos, en especial los refugiados, han vivido la violencia generalizada y la tensión asociada a un país en guerra, lo que sin duda les ha creado sentimientos profundos de desamparo, además de tener menoscabada la confianza en los demás. Los traumas sufridos exigen una especial sensibilidad y cuidado en su atención y rehabilitación. Esta atención hará posible que se reduzca la tasa de suicidios entre menores extranjeros no acompañados, cuando son internados en centros de protección de menores desconociendo su futuro y temiendo ser retornados a su país de origen. La mayoría de los centros de protección de menores carecen de recursos para afrontar el alto riesgo de suicidios, siendo por este motivo una de las causas de muerte entre los MENA. Atender de forma adecuada y prioritaria la salud mental de estos menores es una exigencia ineludible. Sin embargo, suele ser silenciada (Ceriani Cernadas, 2019: 94).

c) Condición de migrante y no nacional

Los niños, las niñas y adolescentes migrantes son un grupo especialmente vulnerable con independencia de su regularidad o no en el país receptor (ONU. Unicef, 2016a: 94). La razón está en el endurecimiento de las leyes

⁵⁷ ONU. Observación General núm. 6, 2005: párrs. 16 y 40.

de extranjería y la negativa, en muchos casos, a ratificar los instrumentos internacionales que garantizarían los derechos de este grupo social a emigrar (González García, 2009: 366-368). Una migración que, como hemos podido comprobar, se produce de manera forzosa. En otras palabras, la decisión voluntaria de emigrar hoy día es anecdótica. La razón esencial que mueve a estos menores y adolescentes a emigrar es la supervivencia, lo que hace paradójico que se les castigue por ello (Rovetta Klyver, 2009: 353-354).

En el caso de menores migrantes apátridas la vulnerabilidad se incrementa con respecto a otros menores migrantes extranjeros. El hecho de no contar con una nacionalidad, no existir un Estado de origen conocido y no poder ser identificado como nacional hace que el Estado receptor esté obligado a prestarle atención, pero la mayor parte de las veces no lo hace, provocando que su situación de apatridia sea la vía para ver negados sus derechos, al estar estos estrechamente relacionados con la nacionalidad. Además, está el hecho de que los Estados no están obligados a otorgar la nacionalidad a personas que identifican como no nacidos, o personas que han vivido gran parte de su existencia en otro país (Walker, 1981: 106-123).

Hannah Arendt señalaba que el drama de los apátridas no es que no sean iguales ante la ley, sino que no existe una ley para ellos⁵⁸. El hecho de no tener estos menores y adolescentes un Estado de origen que les proteja, y la imposibilidad de establecer convenios bilaterales para facilitar el retorno del menor a su país de origen bajo condiciones de seguridad y máximo respecto al principio del interés superior del menor, hace que su nivel de vulnerabilidad se incremente respecto a otros menores inmigrantes. A estos factores jurídicos hay que sumar el hecho del diferente contexto sociocultural en el que debe integrarse el menor. El desconocimiento que se tiene de las costumbres del país, la cultura, la legislación, la lengua, etc., añade más vulnerabilidad a la que ya produce las normas de extranjería. Además, en muchos casos se le niega a estos menores y adolescentes derechos que ya ejercían en sus sociedades de origen, como es el derecho al trabajo, educación, protección social, etc. (La Spina, 2016: 184-185). Sirva como ejemplo decir que el Comité de los derechos humanos, en el caso salvadoreño, ha denunciado «la ausencia de protección y asistencia adecuada a las personas deportadas al Estado parte, en

⁵⁸ Citada por J. Torpey, *The invention of the Passport. Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 123.

particular niños y niñas migrantes no acompañados, así como para los niños y niñas migrantes no acompañados que viajan a través de El Salvador hacia los EE. UU.»⁵⁹.

El Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares y el Comité de los derechos del niño, en la Observación General conjunta número 3 y número 22⁶⁰, han afirmado que los menores migrantes o afectados por la migración pueden estar en una situación de doble vulnerabilidad por su condición de menores de edad y por su condición de migrantes o menores afectados por la migración. Ambos Comités destacan la multidimensionalidad de la vulnerabilidad y las múltiples formas de discriminación que padecen, al interseccionarse en ellos múltiples causas discriminatorias, su origen nacional, étnico o social, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la discapacidad, la situación migratoria o residencia, edad, situación económica, opinión política o de otra índole, u otra condición, acentuándose hasta extremos insoportables la vulnerabilidad. Esto permite concluir que estos grupos padecen siempre una vulnerabilidad compuesta o superpuesta⁶¹.

El Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y el Comité de los derechos del niño no se quedan tan solo en destacar la multidimensionalidad de la vulnerabilidad, sino que en la Observación General conjunta número 4 y número 23⁶² vinculan las vulnerabilidades de los menores migrantes a múltiples obligaciones que deben cumplir las autoridades migratorias, personas o entidades encargadas de la protección y bienestar de los menores migrantes, y por último los Estados receptores. Esto supone

⁵⁹ ONU. Comité de los derechos humanos. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de El Salvador de 9 de mayo de 2018, pp. 7 y 8.

⁶⁰ ONU. Comité de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. Comité de los derechos del niño. Observación General conjunta núm. 3 (2017) del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los derechos del niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

⁶¹ ONU. Observación General conjunta núm. 3 y núm. 22, 2017: párrs. 3, 23, 40 y 42.

⁶² ONU. Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Comité de los derechos del niño. Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los derechos del niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

que cuando las autoridades migratorias detecten a un menor migrante deberán informar inmediatamente a los funcionarios encargados de la protección y bienestar del menor. Y estas autoridades de protección estarán obligadas a identificar las múltiples vulnerabilidades y necesidades especiales de los menores migrantes, actuando en consecuencia. En el caso de los menores migrantes no acompañados y separados de sus familias se les debe asignar un sistema de cuidados alternativos, preferiblemente de tipo familiar, con sus propias familias cuando sea posible, o bien un servicio de asistencia social cuando no lo sea. En todo caso el menor migrante será siempre escuchado y tendrá acceso a la justicia pudiendo impugnar ante un juez cualquier decisión que pueda privarle de la libertad.

Por último, los Estados están obligados a tomar medidas para frenar los riesgos y medidas adicionales para hacer frente a la especial vulnerabilidad de los menores como pudiera ser, por ejemplo, la discapacidad, y la pertenencia al colectivo LGTBI. Baste señalar que estos menores tienen mayor riesgo que el resto de los menores migrantes a ser objeto de trata con fines de explotación y abusos sexuales; a tomar medidas para garantizar la protección plena y efectiva de los menores migrantes contra toda forma de violencia y maltrato reconociendo y abordando las múltiples situaciones de vulnerabilidad y formas de discriminación; velar para que la salud de los menores migrantes no se vea afectada como consecuencia de la discriminación; y abordar la migración internacional de estos menores por medio de la cooperación y el diálogo internacional, regional o bilateral, consiguiendo una migración segura, ordenada y regular con pleno respeto a los derechos humanos, y evitar actitudes que podrían agravar la vulnerabilidad de estos menores. Para ello, deberán establecerse procedimientos adecuados para la gestión de los casos transfronterizos⁶³.

d) Condición de solicitante de asilo, refugiado, desplazado por causas meteorológicas

El ser solicitante de asilo constituye otra causa de vulnerabilidad, y el ser refugiado también. El destierro expone a la infancia a una mayor y especial vulnerabilidad, por lo que se deberá ofrecer una protección reforzada y prioritaria a estos sujetos frente a los demás (ONU. Unicef, 2016b: 27). En el caso de los menores solicitantes de asilo la situación de vulnerabilidad deriva de que una vez dentro del tercer país, no se les otorga ningún derecho, sino una habilita-

⁶³ ONU. Observación General conjunta núm. 4 y núm. 23, 2017: párrs. 13, 41, 44, 55 y 64.

ción temporal para permanecer en el Estado de acogida sin ser expulsados o devueltos a su país de origen. La normativa internacional no es clara respecto a si los Estados están obligados a otorgarles el estatus de beneficiarios del sistema de protección de menores, mientras tanto las autoridades correspondientes deciden si otorgarles el estatus de refugiado o beneficiario de protección internacional o subsidiaria y concederle los correspondientes derechos. La inseguridad junto a la inestabilidad emocional que supone salir forzosamente del propio entorno sociocultural sin saber exactamente cuándo se podrá volver al país de origen supone un gran perjuicio para estos. Esta inseguridad jurídica se traduce en una vulneración de la tutela judicial efectiva de sus derechos, y esta incertidumbre, junto a la experiencia vivida en el proyecto migratorio, se traducirá en una discapacidad física o emocional temporal del menor que no está siendo tratada.

La condición de desplazado por causas meteorológicas es otro de los factores de vulnerabilidad íntimamente relacionado con los factores de vulnerabilidad de condición de refugiado y de pobreza. La conexión con el primer factor señalado se produce cuando el desplazamiento forzado por causas meteorológicas es externo. Esto es, no todos los Estados han incorporado a su normativa el concepto de refugiado por causas meteorológicas. La conexión con el segundo factor se produce, sobre todo, cuando el desplazamiento es interno. Britta Heine y Lorenz Petersen señalan que

los países en vías de desarrollo son especialmente vulnerables a las consecuencias del cambio climático, sobre todo cuando sus medios de subsistencia dependen directamente del clima y de las condiciones meteorológicas. La propia pobreza es causa principal de esa vulnerabilidad. La falta de capacidad (técnica, humana y financiera) dificulta la adaptación al cambio de las condiciones y la mitigación de los riesgos. O, dicho de otro modo, el cambio climático, ante todo, intensificará los problemas existentes en los países en desarrollo que, en general, tendrán dificultades para afrontar y adaptarse a estos problemas adicionales. (Heine y Petersen, 2008: 48)

Una pobreza que afecta en mayor medida a los niños cuando hablamos de Latinoamérica (ONU. Cepal et al., 2010: 87).

e) Condición de víctima de trata

La condición de víctima de trata, a veces, es favorecida por el propio país receptor al no prever una normativa interna que establezca las garantías procedimentales adecuadas para una migración infantil y juvenil regular. En

otras ocasiones, puede obedecer al hecho de no haberse incorporado a la legislación de asilo el enfoque de edad y género, no estando adaptadas las garantías procedimentales a las vulnerabilidades, riesgos y necesidades de menores y adolescentes migrantes no acompañados. Las políticas migratorias todavía se muestran ciegas a este creciente fenómeno migratorio⁶⁴. Lo que contradice lo establecido en la Observación General número 20 del Comité de los derechos del niño, donde se sostiene que

los Estados, en consonancia con la obligación que les incumbe en virtud del artículo 2 de respetar y garantizar los derechos de todos los niños sujetos a su jurisdicción, independientemente de su condición, deben aprobar una legislación, que tenga en cuenta la edad y el género, relativa a los adolescentes refugiados y los solicitantes de asilo no acompañados y separados, así como los migrantes, que se fundamente en el principio del interés superior del niño y asigne prioridad a la evaluación de las necesidades de protección sobre la determinación de la situación en materia de inmigración, prohíba la detención relacionada con la inmigración, se remita a las recomendaciones formuladas en la Observación General núm. 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, y tenga en cuenta la especial vulnerabilidad de esos adolescentes⁶⁵.

f) Condición de indocumentado e inmigrante en situación irregular

El hecho de carecer de documentación que verifique la edad exacta pone al menor migrante no acompañado en una situación de vulnerabilidad, puesto que permite a las autoridades del país receptor someterlo a pruebas médicas invasivas para determinar su edad. En otras ocasiones, aunque tenga documentación acreditativa de la edad, surge el riesgo de ponerla en entredicho. En estos casos, se hace preciso determinar qué métodos médicos son los más adecuados para la determinación de la edad del menor, y también cómo llevar a cabo la valoración de los documentos, tanto identificativos como no identificativos, que puedan servir para la valoración de la edad del sujeto (García Garnica, 2017: 50-51).

⁶⁴ La falta de incorporación del enfoque de infancia a la gestión de la migración, a la legislación estatal de extranjería, junto al vacío legal en la legislación de protección de menores en torno a las necesidades específicas de la infancia migrante y de la infancia refugiada, expone al menor no acompañado a un mayor grado de vulnerabilidad y a abusos durante su trayecto migratorio (*vid.* Conde Solé, 2019: 71-72; y Relaño Pastor, 2014: 306-313).

⁶⁵ ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 2016, pp. 22 y 23.

Una última cuestión a debate gira en torno a la falta de documentación acreditativa de la nacionalidad y la edad y/o la falsa declaración de nacionalidad del sujeto. Se están dando casos en los que los menores indocumentados o de una nacionalidad concreta la niegan para evitar ser retornados. La veracidad de las declaraciones de estos menores y adolescentes es difícil de probar. En muchos casos suelen nombrar, como ya hemos señalado, como país de origen a Ghana, porque conocen el alto porcentaje de nacimientos no registrados, lo que facilita que se les pueda considerar apátridas si el gobierno ghanés no les tramita el pasaporte identificativo correspondiente (Unicef, 2015), impidiéndose de este modo el retorno y concesión de estatus de apátrida. Sin embargo, el Estado español lo que hace en estos supuestos es conceder, a través del Ministerio de Interior, una cédula de inscripción donde aparece que es nacional de Ghana, lo que permite tramitar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales⁶⁶.

Carecer de documentación identificativa implica siempre vulnerabilidad al estar sometidos a prácticas administrativas que vulneran el derecho al debido proceso. Asimismo, el hecho de que estos menores entren y permanezcan en el país sin ajustarse a la legalidad también produce vulnerabilidad, pues viven con el miedo permanente a ser expulsados sin pasar por el sistema de protección de menores, o sin que se les aplique el procedimiento específico de protección que les corresponda, siendo tratados como si fueran adultos extranjeros irregulares (Pérez González, 2012: 75). Este es el caso, por ejemplo, de El Salvador, país que, como ya vimos, solo contempla como categorías jurídicas a los menores extranjeros no acompañados y solicitantes de asilo, y a los menores no acompañados y refugiados. No obstante, en la práctica administrativa reconoce a los menores extranjeros no acompañados y víctimas de trata, aunque a estos últimos no siempre se les permite regularizar su situación. Razón por la cual terminan siendo retornados a su país de origen.

g) Condición de discapacitado

La discapacidad física, mental o sensorial es un factor de vulnerabilidad natural que afecta tanto a niños nacionales como a no nacionales. Nora Lloveras y Olga Orlandi afirman que el concepto de discapacidad se encuentra en

⁶⁶ España. Ministerio de Interior. Identificación. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/regimen-general/identificacion#Extranjeros%20indocumentados> [consultado a 2 de septiembre de 2018].

plena evolución y consiste en una restricción de la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria que puede ser causada o agravada por el entorno económico, social, jurídico, político y cultural (Lloveras y Orlandi, 2014: 67-68). El Comité de los derechos del niño en la Observación General número 9 de los derechos de los niños con discapacidad⁶⁷ afirma que estos niños pertenecen a uno de los grupos más vulnerables, sobre todo cuando confluyen otros factores de vulnerabilidad como por ejemplo niñas/os indígenas con discapacidad o niños/as con discapacidad que viven en zonas rurales. En la Observación se declara que las niñas con discapacidad son incluso más vulnerables debido a la discriminación de género. No olvidemos que en algunos países del mundo los niños con discapacidad son objeto de prácticas que comprometen el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, estando muy expuestos al infanticidio, o a la no inscripción en el registro al nacer. Los niños con discapacidad también son más vulnerables a todos los tipos de abuso (sexual, físico, mental) en todos los contextos, incluidos la familia, escuela, instituciones privadas y públicas, y tienen cinco veces más probabilidades de ser víctimas de abusos sexuales. Por último, he de decir que están sometidos a diferentes formas de explotación económica, incluidas las peores formas de trabajo infantil, tráfico de drogas, mendicidad y explotación sexual⁶⁸.

En cuanto a los niños refugiados con discapacidad, el Comité sostiene en esta misma Observación que determinadas discapacidades son consecuencia directa de las condiciones que han llevado a algunas personas a convertirse en refugiados por desastres naturales o causados por el hombre como son las guerras. Una vulnerabilidad que se sufre tanto en origen como durante el tránsito y el destino. También refuerza el Comité la idea de que los Estados deben asignarle alta prioridad a estos menores discapacitados a fin de proporcionarles asistencia especial, sobre todo en salud y servicios sociales, recuperación psicosocial y reintegración social. Las medidas a adoptar han de tomar en consideración la especial vulnerabilidad de cada uno de estos sujetos como individuos y como miembros de grupos vulnerables, como, por ejemplo, comunidades indígenas o minorías. El aspecto cultural y étnico de cada niño con discapacidad será el eje transversal de los programas y políticas que se adopten y afecten a esta tipología de niños⁶⁹.

⁶⁷ ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 9 (2006), Los derechos de los niños con discapacidad.

⁶⁸ ONU. Observación General núm. 9, 2007: párrs. 8-77.

⁶⁹ *Ibid.*, párrs. 79 y 80.

h) VIH/SIDA

El Comité de los derechos del niño en la Observación General número 3⁷⁰ afirma que «los menores pueden verse en una situación de vulnerabilidad debido a que estén infectados con el VIH/SIDA, estén afectados por una epidemia, a causa de la pérdida de un familiar que se ocupaba de ellos, o estén más expuestos a ser infectados o afectados». Aquí la vulnerabilidad es definida como el riesgo de estos menores a ser discriminados por su familia, comunidad y sociedad; el riesgo a quedarse huérfanos y sin un adulto responsable de su cuidado; y por el conjunto de trabas o impedimentos que existirán a la hora de acceder a derechos básicos como son el derecho a la información, salud o educación. Una situación de vulnerabilidad que puede verse acrecentada cuando además pertenecen a grupos de personas que viven en zonas apartadas o rurales, donde el acceso a los servicios es aún menor⁷¹.

i) Sexo, género, identidad de género, orientación sexual

El sexo, género, identidad de género, orientación sexual, constituyen otras situaciones de vulnerabilidad construidas socialmente. Violencias estructurales que golpean con mayor virulencia a los y las menores de edad, y en especial a inmigrantes no acompañados (Rubio Castro, 2017b: 187-188). En lo referente al sexo y al género el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en la Recomendación número 31 y el Comité de los derechos del niño en la Observación general número 18⁷² identifican estas situaciones de vulnerabilidad con ideologías y estructuras patriarcales que impiden el acceso a las mujeres y a las y los menores a sus derechos humanos y libertades, en particular al trabajo y a una vida digna. Se trata de una exclusión social que conlleva prácticas nocivas y formas de violencia que atentan contra la vida e integridad física y psíquica de las y los menores, incluidos las y los migrantes no acompañados. Violencia que, en ocasiones, se institucionaliza (Gil Ruiz, 2017: 111-124; y 2014: 9-16). Por ese motivo, el Comité para la eliminación de la

⁷⁰ ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 3 (2003), El VIH/SIDA y los derechos del niño.

⁷¹ *Ibid.*, párrs. 3 y 7.

⁷² ONU. Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Comité de los derechos del niño. Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los derechos del niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, 2014.

discriminación contra la mujer y el Comité de los derechos del niño advierten que los Estados están obligados a visibilizar la violencia física y psicológica que sufren las niñas y adolescentes de mano de sus familiares o maridos; cuestionar esas ideologías y estructuras patriarcales; ayudar a superar la situación de exclusión social y pobreza que padecen las niñas, niños, y adolescentes; reconocer el mayor riesgo que tienen las y los menores migrantes por su situación económica y jurídica a padecer prácticas nocivas, y proporcionar el acceso a servicios adecuados en condiciones de igualdad con los ciudadanos⁷³.

Cuando estamos hablando de niñas y adolescentes migrantes las vulnerabilidades que padecen se incrementan. Estos menores acumulan diversos factores de vulnerabilidad como son la minoría de edad, la situación de irregularidad, estar embarazadas o pertenecer a un grupo aborigen (Luna, 2009: 127-128; y Magallón Portolés, 2015: 188-214). La maternidad en el caso de las niñas y adolescentes migrantes supone un alto riesgo para ellas tanto en el Estado de origen como en el de destino. Es por ello que necesitan un plus de protección, porque al estar rompiendo con el rol social asignado por el Estado serán rechazadas sistemáticamente por la legislación de menores del país receptor y totalmente invisibilizadas. Por este motivo, no se contempla en la normativa nacional la posibilidad de que haya adolescentes inmigrantes que sean madres, o que vengan embarazadas y den a luz en el país receptor como consecuencia de haber sido violadas en el camino por el traficante de personas, u otros hombres, o haber sido víctimas de trata de personas. La negación de los derechos sexuales y reproductivos de las menores migrantes repercute gravemente en sus hijas e hijos, quedando estos en una mayor desprotección, si cabe. En España, por el momento, los hijos e hijas de las MENA que llegan no son registrados en el registro de menores no acompañados. La normativa española actual no les da derecho a ser registrados por las autoridades. Conocemos de algún caso en el que, por el interés superior de la menor migrante no acompañada, a su vez, madre, se dio en acogimiento familiar temporal a su hijo.

En lo referente a la identidad de género y a la orientación sexual cabe advertir que son dos situaciones de vulnerabilidad para los menores no acompañados que nacen y crecen en un contexto sociocultural patriarcal, en el que existe persecución por el solo hecho de su identidad de género u orientación sexual. Ambos factores ponen en riesgo la vida o integridad de los menores

⁷³ ONU. Recomendación núm. 31 y Observación General núm. 18, 2014: párrs. 24, 61 y 86.

extranjeros no acompañados en su país de origen, también en el de tránsito o destino. La mayoría de los Estados no han adaptado su normativa de asilo a fin de lograr que los menores extranjeros no acompañados puedan solicitarlo por estas razones. Esto exige modificar las políticas y legislaciones internas para que esta posibilidad exista, tal y como están proponiendo otros países europeos, como es el caso de Suecia (Hedlund y Wimark, 2018).

j) Pertenencia a un colectivo aborigen

El hecho de pertenecer a un colectivo aborigen, bien sea indígena o afrodescendiente, es un factor de vulnerabilidad social, político y jurídico que se sumaría a los anteriores (Luna, 2011: 88). Esta vulnerabilidad es fruto de las políticas migratorias y el derecho como consecuencia del predominio en ellos de parámetros occidentales y excluyentes de los colectivos aborígenes, tanto en el país de origen como en el de destino (Clavero Salvador, 2018: 647-687). Estas deficiencias estructurales y la situación de pobreza extrema de la niñez y adolescencia indígena y afrodescendiente en el país de origen empujan a estos a emigrar. Pablo Ceriani Cernadas destaca que

en el caso de México la afluencia de trabajadores/as agrícolas temporales proceden en su mayoría de comunidades indígenas guatemaltecas. Los menores de edad (que anteriormente eran vistos únicamente como acompañantes) están siendo tratados como adultos cuando apenas tienen doce años, o incluso menos de edad. Trabajan a tiempo parcial o completo en plantaciones de café, plátano, piña. Cacao y caña entre otros. El caso de Guatemala tiene especial importancia, porque los niños, niñas y adolescentes indígenas en situación de pobreza se eleva a un 78,5%, estando un 33,4% de ellos y ellas en situación de pobreza extrema. (Ceriani Cernadas, 2015: 267 y 788)

Esto nos indica que las niñas, los niños y adolescentes indígenas tienen mayor probabilidad de que se les vulneren sus derechos humanos, así como de caer en situación de pobreza extrema y de explotación laboral infantil y en trata de personas, tanto en el país de origen como en el de destino. La ONG Aldeas infantiles SOS El Salvador denuncia la discriminación frecuente en El Salvador de los niños indígenas, con discapacidad, y de sexo femenino (Fridman et al., 2010: 37 y 84).

En el caso salvadoreño tenemos la firme sospecha de la inmigración de menores no acompañados indígenas de los vecinos fronterizos Honduras y

Guatemala, países con gran porcentaje de población infantil indígena. Prueba de ello es el creciente número de retornos de menores irregulares, entre enero de 2011 y enero de 2016, de nacionalidad hondureña⁷⁴.

k) Pobreza y situación de calle

La pobreza, la situación de calle y un sistema de protección de menores fallido suelen ser circunstancias o situaciones de vulnerabilidad que se dan de manera conjunta entre los MENA, al menos en el país de destino.

En la década de los 90, los MENA que recibe Europa son niños en situación de calle, que emigraban en situación de desamparo en el Estado de origen. Ahora ya no es así, los menores que emigran no están oficialmente en situación de desamparo en su Estado de origen. De hecho, la mayoría de los menores extranjeros no acompañados que se encuentran en situación de calle en Melilla nunca habían estado en un centro de protección de menores en su ciudad de origen, Marruecos. La mayoría de estos menores que llegan mediante pateras o bajo camiones desde el año 2003 cuentan con un familiar en su ciudad de origen, pero con escasos recursos económicos. Unos hechos que, unidos a la falta de oportunidades laborales en su país de origen y de oportunidades formativas para el desempeño de una profesión, les empuja a elaborar un proyecto migratorio en otro país donde puedan obtener estudios, formación y trabajo, y así autosostenerse y sostener a sus familias en el país de origen. (Antúnez Álvarez et al., 2016)

Como podemos deducir, el tipo de vulnerabilidad que padecen estos menores en el Estado de origen es una vulnerabilidad socioeconómica y familiar provocada por las actuales políticas neoliberales (González Contró, 2011: 40).

La pobreza es una vulnerabilidad que afecta a todos los menores migrantes, acompañados o no acompañados. Unicef señala que los menores migrantes acompañados están condenados a vivir en la pobreza, dándose la escalofriante cifra de que uno de cada dos niños de familias migrantes vivía en la pobreza en el año 2012 (ONU. Unicef, 2016a: 80). Un dato que nos desvela con total claridad las vulnerabilidades del menor migrante no acompañado a lo largo de todo el proceso migratorio. Cabe destacar también que los menores migrantes no acompañados acumulan otros factores de vulnerabilidad, junto

⁷⁴ Información obtenida por el Portal de Transparencia.

al de la pobreza, comunes a los menores migrantes acompañados, como son la vulnerabilidad socioeconómica y la familiar en el país de origen. Vulnerabilidades que mantienen en el país receptor y a las que se suma un sistema de protección incapaz de atender a las necesidades específicas de este grupo de menores y adolescentes, lo que incrementa el grado de vulnerabilidad que ya portaban. Prueba de ello es el creciente número de menores extranjeros no acompañados que se fugan de los centros de protección de menores, donde son internados, para acabar viviendo en situación de calle⁷⁵. Pudiendo incluso en algunos supuestos sufrir violencia de manos de sus «protectores»⁷⁶.

Con respecto al derecho al trabajo baste recordar que la categoría de adolescente inmigrante económico no existe en la normativa de extranjería española ni salvadoreña. Una ausencia que provoca que la administración tenga absoluta discrecionalidad sobre el tipo de residencia que se le debe conceder a un adolescente extranjero no acompañado, y si tiene derecho o no al trabajo. Si no se le reconoce el derecho al trabajo, estos adolescentes probablemente se verán obligados a vivir en situación de calle, si no son detectados por las autoridades administrativas o policías correspondientes, y si no son absorbidos por el sistema de protección nacional de menores.

El hecho de no contar con recursos económicos con los que sostenerse en el país receptor les imposibilita a estos menores y adolescentes atender a sus necesidades básicas, perdiendo así la dignidad, pues caen en condiciones

⁷⁵ La ONG Harraga en su último informe enumera el tipo de violencias que sufren estos menores extranjeros no acompañados tutelados y en situación de calle en Melilla, entre las que está la violencia entre iguales, la policial, mediática, poblacional, sanitaria y sexual. Entre las consecuencias de vivir en situación de calle están los problemas de salud, higiene, enfermedades, heridas, lesiones, autolesiones, adicciones al pegamento y disolvente con sus efectos físicos y psicológicos sobre los mismos, adicciones a tranquilizantes, y su posterior internamiento en centros de reforma, o su muerte al intentar alcanzar la Península (Antúnez Álvarez et al, 2016: 51-91).

⁷⁶ «A fecha de enero de 2017, en Melilla había 540 menores extranjeros no acompañados. 340 se encontraban en el Centro de Protección de Menores La Purísima y se estimaba que alrededor de 100 vivían en las calles de la Ciudad Autónoma (según las ONG locales Harraga y PRODEIN, aunque es difícil obtener datos exactos). El resto se encontraban internos el Centro Asistencial Gota de Leche y La Divina Infantita. La situación en la que se encuentran es de extrema vulnerabilidad, tanto aquellos que se encuentran fuera del sistema de protección, obligados a vivir y a dormir en la calle, abandonados por las autoridades y criminalizados por la población, como los internos de La Purísima, ya que hay numerosos indicios de que ese Centro no está cumpliendo con las normas y responsabilidades contempladas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Bienvenidos Refugiados España, 2017: 2.

de pobreza extrema. Los menores pobres, extranjeros y no acompañados, y en situación de calle, son objeto preferente de las mafias que trafican con personas, además de víctimas potenciales de explotación laboral, prostitución o mendicidad forzosa. Esta situación nos permite sostener que la vulnerabilidad socioeconómica y familiar que portaban de origen se mantiene y no se subsana en el Estado receptor. Una vulnerabilidad acrecentada por el hecho de carecer de un sistema de protección de menores adaptados a sus necesidades específicas. Por último, hay que destacar que la vulnerabilidad socioeconómica, familiar y de un deficiente sistema de protección de menores continuaría también aún en el supuesto de que el menor o adolescente decidiera regresar a su país de origen voluntariamente. Sirva como ejemplo decir que Marruecos carece de un procedimiento de recepción y protección social de la niñez migrante retornada (Dinamarca. Ministry of Immigration and Integration. The Danish Immigration Service, 2017: 22-23).

Todo lo expuesto nos lleva a afirmar que, para superar las vulnerabilidades, riesgos, y atender a las necesidades específicas de cada menor migrante, es de sumo interés reconfigurar las políticas y normativas que afectan a los no acompañados, para lo que es necesario reforzar los instrumentos de protección y garantía de los derechos humanos con eficientes políticas proactivas. Para alcanzar este objetivo resulta de sumo interés definir correctamente el término vulnerabilidad y grupo vulnerable en la legislación estatal reguladora de los derechos de los menores extranjeros no acompañados (Cardona, 2003). Una definición que debe atender a los parámetros establecidos por el derecho internacional para evitar que la calificación de grupo vulnerable no sea la pantalla que impida cambios relevantes en la lucha contra la subdiscriminación que padecen menores y adolescentes inmigrantes no acompañados (Solanes Corella, 2014: 187-220).

2.2. Principios rectores de la política y normativa estatal que concierne a menores migrantes no acompañados

Los Estados están obligados por el derecho internacional y por las observaciones de sus máximos órganos intérpretes a detectar las situaciones de vulnerabilidad de cada menor migrante no acompañado y a revisar sus actuaciones legislativas, políticas y administrativas. Las autoridades estatales competentes en materia de bienestar y protección de menores, migración y control de fron-

teras deben adaptar sus actuaciones al marco jurídico internacional⁷⁷. De ahí la relevancia de exponer los principios fundamentales del derecho que han de servir de guía orientativa e instrumento idóneo para la creación y renovación del ordenamiento jurídico español y salvadoreño, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales. Entendemos que incorporar estos principios al ordenamiento jurídico estatal es la única manera de que las políticas, legislaciones y prácticas administrativas que afectan a los menores migrantes no acompañados se ajusten a la evolución internacional progresiva de su protección, así como al desarrollo de la institución de asilo (Villalta Vizcarra, 2014: 38). Unos principios extraídos de las observaciones generales del Comité de los derechos del niño. En especial, la número 22, donde el Comité sostiene que los Estados y sus autoridades, en materia de niñez y adolescencia migrante deben regirse por los principios y derechos siguientes: el principio de no discriminación e igualdad; el principio del interés superior del menor; el derecho a ser escuchado, a expresar su opinión y a la participación; el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; y el principio de no detención, no devolución y prohibición de la expulsión colectiva⁷⁸. A estos principios nosotros agregamos el principio de *lex specialis* y el de complementariedad. De la interacción de todos ellos será posible desarrollar un sistema de protección con medidas y garantías procesales efectivas y eficaces.

A continuación, pasamos a exponer el contenido que tienen estos principios en la materia objeto de nuestra investigación.

a) Principio de no discriminación e igualdad

El Comité de los derechos del niño en la Observación General número 22 afirma que el principio de no discriminación del artículo 2 CDN⁷⁹ implica que los menores migrantes tienen derecho al disfrute de sus derechos con in-

⁷⁷ ONU. Observación General del Comité de los derechos del niño núms. 22 y 23.

⁷⁸ *Ibid.*, párrs. 19-47.

⁷⁹ El principio de no discriminación es uno de los principios claves de la CDN, y, por ende, de la CEDH y la CADH, en la materia que nos ocupa. Está desarrollado por normativa interamericana entre la que se puede mencionar: a) La Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia de 2013 (art. 1); b) Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia de 2013 (art. 1); c) Principios de Yogyakarta del 2016; d) Estudio elaborado por la CIDH (CP/CAJP/INF166/12); e) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (*vid.* Santana Trujillo, 2015).

dependencia de su edad, género, identidad de género u orientación sexual, origen étnico o nacional, discapacidad, religión, situación económica, situación de residencia o en materia de documentación, apatridia, raza, color, estado civil o situación familiar, estado de salud u otras condiciones sociales, actividades, opiniones expresadas o creencias, o los de sus padres, tutores o familiares. Sin duda, todos estos factores, y en particular el sexo, son claves a la hora de establecer qué medidas de protección necesitan niñas y adolescentes migrantes no acompañadas a diferencia de niños y adolescentes migrantes no acompañados, ya que las violaciones de derechos humanos que sufren ambos grupos sociales son diferentes. Además, el principio de no discriminación debe ser el eje de todas las políticas y procedimientos de migración, incluidas las medidas de control de fronteras, con independencia de la situación de los menores o de sus padres. A esta afirmación el Comité agrega: «cualquier diferencia de trato deberá ser conforme a Derecho y proporcionada, deberá buscar un fin legítimo y estará ajustada al interés superior del menor y a las normas y estándares internacionales de derechos humanos». Los Estados no solo deberán luchar contra la discriminación *de iure*, sino que deberán garantizar la igualdad *de facto*⁸⁰.

En el caso europeo, el principio de no discriminación deriva de la cláusula de protección universalista introducida por el artículo 1 de la CEDH, al disponer: «las altas partes contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título 1 del presente Convenio», así como la prohibición a la discriminación del artículo 14 de la CEDH y del artículo 1 de su Protocolo número 12 (Lazcano Brotons, 2015: 1041-1050). Una prohibición de discriminación que ha permitido al TEDH pronunciarse en algunas de sus sentencias sobre los derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo, así como de los niños extranjeros irregulares acompañados de sus progenitores reclusos en los centros de internamiento de extranjeros antes de proceder a su expulsión⁸¹.

Y en el caso interamericano el principio de no discriminación se encuentra en el artículo 1 de la CADH⁸². El principio de igualdad ante la ley en el

⁸⁰ ONU. Observación General conjunta núms. 3 y 22, 2017: párrs. 21-26.

⁸¹ *Id.*, sentencias del TEDH de Saadi contra Italia, de 28 de febrero de 2008; Ryabikin contra Rusia, de 19 de junio de 2008; Muminov contra Rusia, de 11 de diciembre de 2008.

⁸² El art. 1 de la CADH dispone que «[l]os Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza,

artículo 24 CADH, y el de primacía de la condición de menor en el artículo 16 de la CADH. La CIDH representa el esfuerzo por mejorar los sistemas nacionales de protección de menores en los Estados latinoamericanos parte, entre los que está El Salvador, sobre todo a partir de dos opiniones consultivas, la OC-18/03⁸³ y la OC-21/14⁸⁴, en las que se aclaran términos, se precisan sujetos y se marcan las pautas y obligaciones internacionales y regionales adquiridas por los Estados para con todos los niños, niñas y adolescentes, incluidos los migrantes que se encuentren en su territorio (Arlettaz, 2016a: 197-231). Como se puede comprobar existe la preocupación por que los Estados protejan los derechos de su población y no tan sólo de sus nacionales, lo que implica en la práctica un ensanchamiento de la ciudadanía y el desarrollo de nuevos vínculos de pertenencia.

b) Principio de interés superior del menor

El Comité de los derechos del niño en la Observación General número 22 afirma que el interés superior del menor es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo, y una norma de procedimiento que se aplica a los menores migrantes no acompañados como individuos, pero también como miembros de uno o varios grupos vulnerables⁸⁵. El contenido complejo del interés superior del menor obliga a llevar a cabo un diagnóstico e intervención caso por caso, y en cada uno de los procedimientos en los que el menor migrante se vea implicado. Esto supone tomar en consideración las circunstancias concretas de cada sujeto en cada una de las actuaciones.

Se argumenta que los Estados están obligados a incorporar el interés superior del menor migrante en la política y legislación interna de migración. Nos

color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. // Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano».

⁸³ OEA. CIDH. OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Decisión de 17 de septiembre de 2003.

⁸⁴ OEA. CIDH. OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014.

⁸⁵ ONU. Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Comité de los derechos del niño. Observación General conjunta núm. 3 (2017) del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los derechos del niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, 2017, párr. 27.

encontramos, pues, ante un principio que debe aplicarse de forma transversal en las decisiones de tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos, y en todo aquello que afecte a un menor migrante no acompañado como es, por ejemplo, la decisión referente a la unidad familiar, su guarda, la concesión o denegación de la entrada y residencia, retorno del menor, acogimiento, asilo, etc. En cada uno de estos procedimientos las autoridades deberán valorar cuál es el interés del menor, tal y como establece la Observación General número 12⁸⁶ y la Observación General número 14⁸⁷ del Comité de los derechos del niño, debiendo por todo ello: escuchar al menor; atender a su grado de madurez; tener en cuenta su opinión; su identidad, incluido el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y personalidad; el entorno familiar, las relaciones familiares y el contacto; el cuidado, protección y seguridad del menor, incluido el bienestar y el desarrollo; situaciones de vulnerabilidad, incluidos los riesgos que enfrenta el menor y las fuentes de protección, resiliencia y empoderamiento; y los derechos y necesidades del menores en materia de salud y educación. Cuando el interés superior del menor migrante no acompañado entre en conflicto con otros intereses o derechos de otros menores u otras personas, se deberán sopesar los intereses de todas las partes, pero siempre dando prioridad al interés del menor y a su grado de vulnerabilidad⁸⁸. Aquí es en donde entendemos que el término vulnerabilidad tiene pleno sentido, pues atiende a las circunstancias y necesidades específicas de cada menor.

La pluralidad de situaciones existentes, y la imposibilidad de poder ser abordadas aquí, nos lleva a centrarnos en algunas de ellas: el marco del asilo para los menores migrantes no acompañados y el procedimiento de retorno. Acnur, en su guía de 2018 sobre pautas para evaluar y determinar el interés superior del colectivo heterogéneo de los menores migrantes que buscan asilo («Guidelines on assessing and determining the best interests of the child» (ONU. Acnur, 2018: 71-95), distingue entre dos colectivos de menores migrantes no acompañados a los que les corresponden distintas garantías según su mayor o menor grado de vulnerabilidad: el colectivo general de los menores

⁸⁶ ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado.

⁸⁷ ONU. Comité de los derechos del niño. Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1).

⁸⁸ ONU. Observación General conjunta núms. 3 y 22, 2017: párrs. 27-33.

no acompañados, y el específico de los menores no acompañados en riesgo o con necesidades específicas de protección.

Los menores no acompañados en riesgo a los que alude este documento se identifican con aquellos en los que confluye mayor riesgo de violencia, explotación abuso o negligencia como resultado de una mayor exposición a riesgos en el entorno de protección más amplio y/o riesgos derivados de circunstancias individuales. Estos menores son, entre otros, menores cabezas de familia; menores acompañados por adultos que han abusado de ellos o los han explotado; menores apátridas; madres y padres adolescentes; menores víctimas de trata y abuso sexual; sobrevivientes de violencia sexual y de género; menores casados con adultos; menores que sufren discriminación social; menores detenidos; menores con problemas mentales o discapacidades físicas; menores asociados a fuerzas o grupos armados; menores que viven con personas infectadas por VIH o que son portadores; menores que padecen enfermedades graves; o menores que no están escolarizados (ONU. Acnur, 2018: 8).

Cuando se trate de un menor migrante no acompañado solicitantes de asilo se deberá emprender un procedimiento de análisis del interés superior del menor que incluye, por un lado, la identificación de la solución duradera y apropiada (reasentamiento, integración local y retorno voluntario) y la posible vía complementaria (admisión de refugiados en terceros Estados); y, por otro lado, las opciones más idóneas para estos menores mientras acceden a soluciones duraderas (reunificación familiar, atención y cuidado temporal, posible separación de sus padres en contra de su voluntad) (ONU. Acnur, 2018: 11).

Las vías complementarias de admisión para refugiados en terceros Estados es lo más novedoso que introduce la guía. Son medidas que no pretenden sustituir la protección otorgada a los refugiados bajo el régimen de protección internacional, sino que la complementan y sirven como expresión de solidaridad mundial, cooperación internacional y un reparto de responsabilidad más equitativo para satisfacer las necesidades de protección de los refugiados, y apoyarlos para lograr soluciones sostenibles. Estas vías complementarias pueden incluir, por ejemplo, oportunidades para la familia bajo la reunificación familiar, esquemas de movilidad laboral, becas, prácticas y programas de aprendizaje, visas privadas, visas comunitarias, etc.

Para valorar el interés superior del menor migrante no acompañado en situación de riesgo, cuando se considere la vía complementaria de admisión en un tercer Estado, se valorarán como soluciones sostenibles el reasentamiento, la admisión humanitaria, retorno voluntario al país de origen o la integración

local en el país de acogida o país de asilo; la protección contra la devolución que se proporciona en el tercer país con posibilidad de que el menor pueda solicitar asilo y permanecer en ese tercer país después de completar su educación, trabajo u otro programa si no puede regresar al primer país de asilo o a su país de origen, el derecho a un asesor legal; y el acceso a un estado legal y documentación en el tercer país, o, en el caso de los refugiados sin nacionalidad definida, el acceso al registro de nacimientos y la adquisición de nacionalidad en el tercer país⁸⁹. El principio del interés superior del menor como norma de procedimiento, en estos supuestos, se utiliza esencialmente para garantizar que el menor ha sido asesorado en todos los aspectos de la vía complementaria, así como que ha sido tomada en consideración la edad y la madurez del menor a la hora de tomar la decisión que ha sido considerada más correcta, a fin de evitar cualquier riesgo identificado.

El interés superior de cualquier menor migrante no acompañado también se valorará en el procedimiento de retorno. Es decir, el retorno solo podrá realizarse cuando redunde en interés del menor. En ese sentido, el Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes en su último informe del año 2018 señala que

en el caso del retorno de los niños no acompañados y separados de sus familias, los países de origen y de destino deben cooperar para proseguir la labor de localización de las familias después del regreso. La seguridad y la designación de cuidadores adecuados de los niños deben ser condiciones sine qua non para el retorno. Este no debe dar lugar a que los niños se queden sin hogar y, además, los niños no deben ser alojados en orfanatos o centros de acogimiento residencial ni se les puede poner en una situación que pueda entrañar un peligro para su desarrollo o dar lugar a su exclusión social. En el caso de las familias con niños, las autoridades gubernamentales encargadas de tramitar los retornos deben velar por que los niños no sean separados de los miembros de su familia inmediata en el proceso de retorno⁹⁰.

En el marco europeo, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (Easo) en la «Guía de condiciones de recepción de menores no acompañados: estándares

⁸⁹ ONU. Acnur, «Guidelines on assessing and determining the best interests of the child». Provisional Release, 2018, pp. 78 y 79.

⁹⁰ ONU. Consejo de derechos humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, 4 de mayo de 2018, párr. 44.

operacionales e indicadores»⁹¹ afirma que, al igual que sucede en el marco internacional, los menores migrantes no acompañados, sean o no, solicitantes de asilo, son titulares de todos los derechos de la CDN. Y el interés superior del menor será la consideración primaria a tener en cuenta tanto por entidades públicas como privadas del sistema de protección y bienestar del menor, tribunales y autoridades administrativas y legislativas. Este interés será interpretado a la luz de las tres observaciones generales del Comité de los derechos del niño ya mencionadas (núms. 12, 14 y 22). Y, por otra parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 24.2 de la CDFUE⁹² y el artículo 23 Directiva 2013/33/UE⁹³ (UE. Easo, 2018: 7-9).

Cabe advertir que solamente se tiene en cuenta la voluntad y autonomía del solicitante de asilo en el caso de los menores migrantes no acompañados, porque rige como principio y norma procedimental el interés superior del menor (Requejo Isidro, 2017: 482-505). Al evaluar el interés superior del menor migrante no acompañado en el procedimiento de acceso al asilo, los Estados miembros de la UE tendrán en cuenta los siguientes factores: las po-

⁹¹ UE. Easo. Guidance on reception conditions for unaccompanied children: operational standards and indicators, December 2018.

⁹² Art. 24 CDFUE «En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por las autoridades públicas o las instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial» (DOUE C202/389, de 07/06/2016).

⁹³ Art. 23 Directiva 2013/33/UE «1. El interés superior del menor será la consideración básica para los Estados miembros a la hora de aplicar las disposiciones de la presente Directiva relativas a los menores. Los Estados miembros velarán por que los menores tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, psíquico, espiritual, moral y social. // 2. Al valorar el interés superior del menor, los Estados miembros tendrán especialmente en cuenta los siguientes factores: a) las posibilidades de reagrupación familiar; b) el bienestar y el desarrollo social del menor, teniendo especialmente en cuenta el contexto del menor; c) consideraciones de seguridad y protección, especialmente en los casos en los que exista el riesgo de que sea víctima de trata de seres humanos; d) la opinión del menor, atendiendo a su edad y grado de madurez. // 3. Los Estados miembros velarán por que los menores tengan acceso a actividades de ocio, incluido el juego y actividades de recreo propias de su edad, en los locales y centros de acogida a que se refiere el artículo 18, apartado 1, letras a) y b), así como a actividades al aire libre. // 4. Los Estados miembros procurarán que tengan acceso a los servicios de rehabilitación los menores que hayan sido víctimas de cualquier forma de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano o degradante o que hayan sido víctimas de conflictos armados, y velarán por que se les preste la atención psicológica adecuada y se les proporcione asistencia cualificada cuando sea necesario. // 5. Los Estados miembros velarán por que los hijos menores de los solicitantes o los solicitantes que sean menores de edad se alojen con sus padres, sus hermanos menores no casados o con el adulto responsable de ellos conforme a la ley o con arreglo a la práctica del Estado miembro de que se trate, siempre que ello responda al interés superior del menor».

sibilidades de reunificación familiar; el bienestar y desarrollo social; las raíces culturales o étnicas; la seguridad y protección, en particular cuando hay riesgo de trata de personas; y la opinión del menor según su grado de madurez. Para la adopción de cualquier medida de protección o garantía procesal se tomarán en consideración todos los indicadores de vulnerabilidad y riesgo de cada menor, así como sus necesidades específicas⁹⁴.

En el marco interamericano, la CIDH (OC-18/03) asegura que en el caso de los niños migrantes tiene primacía el marco normativo e institucional integral de la infancia sobre el marco normativo e institucional migratorio, tal y como exige el interés superior del niño migrante consagrado en el artículo 3 de la CDN. El principio interés superior del niño migrante, en opinión de la Corte, «implica que el ejercicio pleno de sus derechos debe ser considerado como criterio rector para la aplicación de estos en todos los órdenes relativos a la vida del niño»⁹⁵. El mayor cuidado de los menores respecto de todas las personas migrantes irregulares tiene su raíz en la adopción de los parámetros internacionales⁹⁶.

Coincidimos con un sector de la doctrina latinoamericana al señalar que la Opinión Consultiva del año 2014 de la CIDH es clave para el reconocimiento de los niños migrantes no acompañados en Latinoamérica. En ella se reconoce la calidad de sujetos con derechos a los niños migrantes, y la obligación de los Estados a tomar en consideración las características propias de estos, así como la necesidad de propiciar su desarrollo (Pérez Vaquero, 2015). La CIDH, haciendo uso de su función de intérprete de la CADH, hace extensible al menor migrante no acompañado la protección especial del niño del artículo 19 de la CADH y del artículo 7 de la DADH. En ese sentido,

la Corte considera que se cumple con lo dispuesto en los citados arts. 19 de la Convención y VII de la Declaración, cuando se sigue la práctica de otorgar una atención prioritaria para la entrevista a niñas y niños no acompañados, luego a los separados, después de estos a los acompañados de un solo progenitor y, finalmente, a los que vienen como parte de una familia, a fin de atender oportunamente y determinar la urgencia de la necesidad de protección⁹⁷.

⁹⁴ Como documento complementario a la Guía práctica de condiciones de recepción de menores no acompañados de la Easo del año 2018, ya mencionada, en el año 2019 se publica la Guía práctica de la Easo sobre el interés superior del niño en los procedimientos de asilo del año 2019.

⁹⁵ OEA. CIDH, OC 18-03; párr. 2.

⁹⁶ OEA. CIDH, OC-18-03; párrs. 54-60; y OC 21-14: párrs. 64-71.

⁹⁷ OEA. CIDH, OC 2014, párr. 253.

El interés superior del menor se convierte en el eje vector de toda decisión que se tome con respecto a la niñez migrante (devolución, expulsión, residencia, etc.). Cualquier otro tipo de decisión que no contemple este principio constituirá una violación de derechos semejante a las que se producen en el país de origen del menor, ya que se está confinando a este a vivir una vida sin futuro. La clave aquí gira en torno al proyecto de vida del niño, niña, y adolescente migrante, y su derecho a emigrar cuando en su país de origen no tiene futuro⁹⁸.

La CIDH define el interés superior de un menor migrante no acompañado como un interés que está vinculado a la evaluación clara y a fondo de la identidad del niño, y de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales, lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Evaluación que deberá realizarse por expertos en un entorno amigable. La Corte introduce en esta opinión consultiva la Observación General número 6 del Comité de los derechos del niño sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen⁹⁹, al exigir una evaluación individualizada de cada uno de los menores migrantes no acompañados que lleguen a los Estados parte de la CADH. Fijando las medidas a adoptar en atención a los diferentes factores de vulnerabilidad y vulneración de derechos sufridos¹⁰⁰.

c) Derecho a ser escuchado, a expresar su opinión y a la participación

En el marco internacional estos derechos están íntimamente relacionados con el principio del interés superior del menor migrante no acompañado. Unos derechos que implican el deber de escuchar y tener en cuenta la opinión del menor en función de su edad, madurez y evolución de sus facultades en cualquier procedimiento que le afecte. Con este fin, al menor o adolescente se le proveerá de un representante legal cualificado, un tutor y un intérprete, quienes le informarán en todo momento sobre sus derechos, servicios disponibles, medios de comunicación, mecanismos de denuncia, procesos de inmigración y asilo y sus resultados. Una información que se proporcionará en el propio idioma del menor y adaptada a su edad y madurez. Las personas

⁹⁸ OEA. CIDH. Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, párr. 191.

⁹⁹ ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, [...], párr. 20.

¹⁰⁰ OEA. CIDH. 2014: párrs. 69-85.

profesionales que atiendan al menor migrante no acompañado deben recibir capacitación sobre las necesidades específicas de estos menores en contexto de migración internacional, incluyendo formación en género, diversidad cultural, religión y otros aspectos concomitantes¹⁰¹.

En el marco europeo, la figura del representante del menor migrante no acompañado solicitante de asilo se ha introducido en el SECA limitando las múltiples interpretaciones que sobre las garantías procesales y derechos existen respecto a los menores migrantes no acompañados en los Estados miembros de la UE (Requejo Isidro, 2017: 488-489). En el sistema interamericano, por el contrario, los Estados cuentan con un amplio margen de interpretación de las normas internacionales y regionales aplicables a los menores migrantes no acompañados.

d) Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo

Al igual que los anteriores derechos, estos tres derechos se encuentran vinculados al interés superior del menor y generan obligaciones para los Estados parte. En concreto, los Estados están obligados a garantizar el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor, incluidas las dimensiones físicas, psíquicas, morales, espirituales y sociales de su desarrollo. Unos derechos que se ponen en peligro en cualquier momento del proceso migratorio de los menores no acompañados al estar expuestos a múltiples riesgos y enfrentarse a mayores situaciones de vulnerabilidad que el resto de los y las menores migrantes. Por ese motivo, el Comité de los derechos del niño en su Observación General número 22 afirma que los Estados de tránsito y destino deberán prestar atención especial a los menores indocumentados, sean no acompañados o separados, a los solicitantes de asilo, a los apátridas y a las víctimas de delincuencia transnacional, especialmente de trata, venta de menores, explotación sexual comercial y matrimonio infantil. Unos Estados que tienen el deber de considerar las circunstancias concretas de vulnerabilidad que empujan a los menores no acompañados a emigrar, y las que encuentran al llegar a un país del que no son nacionales, y en el cual no se han previsto otros medios de inmigración regular para ellos. Además, deben establecerse políticas y medidas concretas, incluido el acceso a recursos judiciales y no judiciales seguros, que tengan en cuenta las necesidades del menor y las cuestiones de género¹⁰².

¹⁰¹ ONU. Observación General núm. 22, 2017: párrs. 34-39.

¹⁰² ONU. Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Comité de los derechos del niño. Observación General conjunta núm. 3 (2017) del

e) Principio de no devolución, no detención y prohibición de la expulsión colectiva

El Comité de los derechos del niño en su Observación General número 22 afirma que el principio de no devolución y el de prohibición de la expulsión colectiva de los menores migrantes no acompañados dimanarían de normas de derecho internacional distintas a la CDN, las cuales también se aplicarían de manera transversal a la hora de interpretar los derechos de estos menores migrantes. Estamos hablando del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951; artículo 3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; artículo 16 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, y artículo 22.1 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, entre otros. Conforme a lo en ellos establecido, los Estados no podrán expulsar a los menores migrantes no acompañados de su jurisdicción, con independencia de su situación de residencia, nacionalidad, asilo, u otra condición, cuando corran el riesgo de sufrir un daño irreparable al regresar, como persecución, tortura, violaciones graves de los derechos humanos u otro daño irreparable. Tampoco podrán rechazar en frontera a los menores migrantes no acompañados ni trasladarlos a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable, ni expulsar al grupo de los menores migrantes no acompañados de manera colectiva; dado que han de examinar individualmente caso por caso, y asegurar el acceso a las garantías procesales y hacer real el derecho de acceso a la justicia¹⁰³.

El principio de no detención y no devolución obligan a que las políticas y leyes migratorias nacionales no puedan aplicar la detención como medida sancionadora penal por una infracción administrativa a un niño migrante, acompañado o no acompañado, e irregular. Ningún niño, acompañado o no acompañado, podrá ser internado en un centro privativo de libertad por las secuelas psicológicas que pueden suponer para el menor (Farmer, 2013: 14-16; ONU. Consejo de los derechos humanos, 2017: párr. 61). Los Estados deberán asignar al menor no acompañado un tutor legal que le atienda fuera del

Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los derechos del niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, 2017, párrs. 40-44.

¹⁰³ *Ibid.*, párrs. 45-47.

centro de detención¹⁰⁴. La CIDH también impone algunas obligaciones de no hacer a los Estados y sus autoridades fronterizas al afirmar que

en virtud de las normas internacionales invocadas, incluyendo en especial los arts. 19 de la CADH y VII de la Declaración, las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. En esta línea, resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial. Asimismo, la Corte es de la opinión que la creación de una base de datos con el registro de las niñas y los niños que ingresen al país es necesaria para una protección adecuada de sus derechos¹⁰⁵.

f) Principio de *lex specialis* y complementariedad

Ambos principios, el de especialidad y complementariedad, son el eje vector sobre el que se articula la protección específica de la niñez migrante no acompañada, apátrida, solicitante de asilo, refugiada y/o víctima de trata, lo que implica que estos niños sean tratados como niños, pero se les aplique de manera complementaria la ley de protección específica que les corresponda por razón de su condición de apátrida, solicitante de asilo, refugiado y/o víctima de trata. Esto supone que los menores migrantes no acompañados disfrutarán en calidad de niños de todos aquellos derechos esenciales para su desarrollo y protección, pero también de aquellos otros derechos que están ligados a su condición específica. Todos los Estados tienen la obligación de proteger como mínimo a las personas extranjeras o apátridas beneficiarias de la protección internacional, y de prestar especial interés a los no acompañados.

El principio de la ley especial sugiere que cuando dos o más normas tratan de una misma materia, como es el caso de los menores no acompañados, debe darse prioridad a la más específica (asilo, víctima de trata) (Borelli, 2015: 265-293). Sin embargo, nuestra propuesta es que las autoridades administrativas y

¹⁰⁴ ONU. Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Observación general núm. 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, 2013, párr.33 y 44.

¹⁰⁵ OEA. CIDH, OC 2014: párr. 83.

judiciales a la hora de interpretar las normas estatales apliquen conjuntamente el principio *lex specialis*, principio *favor minoris*, principio de no discriminación y el principio del interés superior, junto al principio de complementariedad y especialidad del derecho, y el enfoque de género. Con base en estos principios generales internacionales la norma estatal que regula a todos los menores no acompañados y los protege, tan solo durante la minoría de edad, debería quedar desplazada por la norma específica que les sea más favorable. Por ejemplo, la norma que regula a los solicitantes de asilo, los refugiados, los beneficiarios de protección subsidiaria extiende su protección más allá de la minoría de edad. Si la protección internacional es una protección adicional a la que se recibe como menor y extranjero, y, al contrario de lo que sucede con la condición de víctima de trata, tiene la ventaja de extender la protección más allá de los 18 años, sin la obligación de colaboración con la policía como contraprestación para la obtención del derecho de protección y residencia, debería ser esta la norma aplicada (Claro Quintáns y Lázaro González, 2016b: 795-796). Entendemos que es así como el carácter prioritario del interés superior del menor posee verdadero valor y significado.

Con respecto a los menores migrantes no acompañados, la CIDH, con el fin de solventar los problemas referidos a los procedimientos para la determinación de necesidades de protección internacional y de medidas de protección especial, se ha decantado por definir los estándares jurídicos aplicables a estos menores, al fijar el sistema de garantías que debería aplicarse en los procedimientos migratorios que involucran niños, niñas y adolescentes migrantes; los estándares para la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento migratorio sobre la base del principio de no detención de niñas y niños migrantes; las medidas de protección de derechos que deberían disponerse de manera prioritaria y que no implican restricciones a la libertad personal; las obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios; las garantías de debido proceso ante medidas que impliquen privación de la libertad de niños y niñas en el marco de procedimientos migratorios; el principio de no devolución en relación con niñas y niños migrantes; los procedimientos para la identificación y el tratamiento de niños y niñas eventuales solicitantes de asilo o refugio; y el derecho a la vida familiar de los niños y niñas en casos de disponerse la expulsión por motivos migratorios de sus padres (Arlettaz, 2015a; ONU. Unicef, 2013).

Para concluir, como ya hemos expuesto, resulta difícil delimitar el concepto de discriminación jurídica del de vulnerabilidad en la materia que nos

ocupa, pues los textos internacionales y nacionales utilizan con frecuencia la vulnerabilidad en estrecha conexión con la desigualdad y la discriminación estructural. Por todo ello, y a la vista de todo lo expuesto, consideramos más correcto en la materia que nos ocupa hablar de discriminación y de vulnerabilidad, a fin de conectar ambos términos y con ello lograr un mejor sistema de protección. Es decir, se trata de reconocer la existencia de discriminaciones estructurales y legales, al tiempo que se reconoce que en torno al proceso migratorio se generan múltiples situaciones de vulnerabilidad que afectan de forma directa a menores y adolescentes incrementando o creando vulnerabilidades y necesidades específicas y especiales. La conjunción de ambos diagnósticos permitirá establecer medidas de protección más adecuadas, al tiempo que poner en valor el contexto personal y migratorio.

Conclusiones

UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA DIGNIFICAR EL PROCESO MIGRATORIO DE LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA Y EL SALVADOR

Esta última parte está destinada a destacar, a modo de conclusión, los problemas nucleares que hemos encontrado en materia de protección de derechos humanos de las y los menores migrantes no acompañados, así como algunas propuestas de futuro. Con este fin hemos distinguido entre dos tipos de conclusiones, generales y específicas. Como conclusiones generales sostenemos la necesidad de una resignificación del modelo antropológico que se encuentra en la base del sujeto de derechos y de la ciudadanía, así como un cambio en el discurso de los derechos humanos con el fin de superar su centralismo europeísta, su carácter adultocentrista y patriarcal y, por último, su nacionalismo. La cultura de los derechos humanos, a pesar del esfuerzo realizado en las últimas décadas mantiene sus bases ideológicas y sus categorías personales básicas enraizadas en modelos humanos que adolecen de una clara falta de universalidad. Los MENA enfrentan a los sistemas de protección y garantía de los derechos de los menores a graves y profundos déficits, poniendo fin a cegueras cognitivas, que hoy resultan insostenibles.

El valor de esta investigación está en su enfoque multidisciplinar, multidimensional y en la dificultad que el uso de diferentes lenguajes y enfoques genera. Sin embargo, entendíamos que el problema que nos ocupa no podía ser abordado solo desde el discurso de los derechos humanos o desde el derecho internacional o nacional. Se hacía necesario conjugar ambos enfoques, con el

fin de mostrar los problemas discursivos, estructurales y legales que dificultan la protección adecuada de los derechos de los menores y adolescentes migrantes no acompañados. A esta complejidad se ha sumado el análisis comparativo entre las legislaciones española y salvadoreña, así como del derecho europeo e interamericano. No siempre ha sido fácil llevar a cabo la comparación, y menos aun cuando no disponíamos de datos. Este ha sido el caso de El Salvador, debiendo recurrir a instancias administrativas, políticas o académicas para obtenerlos. A todas estas dificultades, se ha sumado la complejidad que encierra el proceso migratorio en general, y especialmente en el caso de los MENA, por la heterogeneidad de situaciones en las que se encuentran. Conjuguar la exposición de elementos subordiscriminatorios con el reconocimiento de situaciones de vulnerabilidad ligadas al proceso migratorio de estos menores, o a sus particularidades individuales, nos ha obligado a un sobreesfuerzo. Sin embargo, pese a los riesgos, hemos realizado este doble enfoque, puesto que defendemos su carácter complementario.

Quizá hallamos pecado de un exceso de arrogancia intelectual al pensar que podíamos ofrecer una mirada amplia y comprometida sobre el tema que nos ocupa, pero hemos entendido que, a pesar de las dificultades, merecía la pena intentarlo. De ahí que realicemos propuestas de *lege ferenda* para España y El Salvador. Antes de su exposición, debemos aclarar que hemos utilizado como referentes el Convenio sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, las interpretaciones que sobre esta norma realiza el Comité de los derechos del niño, la jurisprudencia del TEDH y la CIDH, la Carta Social Europea Revisada de 3 de mayo de 1996, las directivas sobre protección internacional, las leyes autonómicas de protección de menores, y, además, las leyes desarrolladas sobre esta problemática en Italia, Suiza, Francia y México.

El conjunto de garantías procesales y medidas de protección que se proponen están dirigidas a hacer frente a la subordiscriminación de los MENA y a afrontar las situaciones de vulnerabilidad que afectan a estos menores en los tres momentos clave del proceso migratorio: en la entrada a España o El Salvador; durante su permanencia temporal o permanente en estos dos Estados, mientras se determina si el interés del menor está en permanecer o ser retornado a su país de origen o a un tercer Estado donde se encuentren sus familiares, y se definen las necesidades específicas de protección del menor; y en el momento de su salida, bien sea porque el menor sea retornado o porque este se dirija al país destinatario final.

I. MEDIDAS LEGISLATIVAS ESTRUCTURALES

Las medidas legislativas que a continuación proponemos surgen al comprobar las violencias estructurales que sufren los MENA y que no se abordan de modo satisfactorio. Motivo por el cual planteamos las siguientes medidas:

En primer lugar, los MENA que residen legalmente en España y El Salvador deben ser reconocidos como sujetos sociales de derechos. Junto a este reconocimiento es de vital importancia otorgarles a las y los adolescentes en edad de trabajar el estatus de ciudadanía económica para garantizarles a través del derecho al trabajo su pleno desarrollo e integración social. Estas propuestas están avaladas por el Convenio sobre los trabajadores migrantes número 97 de 1 de julio de 1949, para el caso español; y por la LEPINA, en el caso salvadoreño.

En segundo lugar, se deben crear tanto en España como en El Salvador nuevas vías de inmigración legal para los adolescentes no acompañados. La mayoría de ellos son inmigrantes económicos e incluso algunos cabezas de familia. Nos referimos a los menores que se ven forzados a emigrar por la situación socioeconómica y familiar en el país de origen. Entendemos que, aunque el legislador español y el salvadoreño no regulasen la figura del adolescente inmigrante económico, no podrían frenar su inmigración, pero les estaría generando múltiples factores de riesgo y vulnerabilidad. Por ese motivo, consideramos necesario su desarrollo.

II. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN FRONTERA

En El Salvador, al contrario de lo que sucede en España, existe regulación desde el año 2018 sobre cómo las autoridades fronterizas deben actuar para identificar el perfil del menor migrante no acompañado en frontera. Un momento que, como ya hemos expuesto, es clave en la protección del menor, puesto que condicionará el futuro acceso de estos menores a los distintos sistemas de protección.

España tiene la obligación de atender a los menores migrantes en frontera, en virtud de sus competencias en control fronterizo, tal y como le reconoce el Código de fronteras Schengen.

El procedimiento de determinación del perfil del menor inmigrante no acompañado en frontera debe respetar las garantías procesales que se exponen a continuación:

1. Conformar una base de datos europea de menores no acompañados (garantía procesal, que proviene del Anexo VII, puntos 6.4 y 6.5, Código de fronteras Schengen), cuyo fin es evitar que los menores migrantes no acompañados que viajen sin documentación por el territorio europeo tras haberse escapado de algún centro de protección de menores de algún Estado miembro de la UE terminen desapareciendo del sistema siendo víctimas de trata de seres humanos. Un hecho que ya está ocurriendo.

2. Proceder a determinar si se trata de un menor acompañado o no acompañado. En este último supuesto hay que realizar una rigurosa entrevista para detectar las necesidades específicas de protección del menor. Para ello se necesita de una formación especializada en la guardia de fronteras, que hoy no existe. Para el caso de los menores acompañados, la entrevista debe llevarse a cabo de forma separada, a fin de precisar el vínculo realmente existente entre el menor y el adulto o adultos que lo acompañan.

El vínculo mencionado por el Código de fronteras Schengen, la patria potestad, nos parece demasiado restrictivo, pues el fenómeno migratorio desvela la existencia de múltiples tipos de acompañamientos. Como modelo, consideramos óptimo, el llevado a cabo por la legislación mexicana, con base en el artículo 170 del Reglamento de la ley de migración mexicana, donde se alude a diversas formas de estar acompañado: vínculo familiar, tutela, custodia y representación legal.

3. Tanto España como El Salvador deben crear la figura del representante/tutor y del asesor legal independiente y provisional, quienes a su vez deben estar especializados en la protección y representación de personas vulnerables, menores, menores extranjeros no acompañados, solicitantes de asilo y víctimas de trata.

Unas figuras que España debería haber creado como resultado de lo establecido en: los artículos 2 k y 6.2 del Reglamento Dublín III; los artículos 2 j y 24.1 de la Directiva 2013/33/UE; los artículos 2 n, 7.3, 7.5 b, y 25 de la Directiva 2013/32/UE; el artículo 16.1 de la Directiva 2001/55/CE; el artículo 31 de la Directiva 2011/95/UE; el artículo 10 c de la Directiva 2004/81/CE; y los artículos 14.2, 15, y 16 de la Directiva 2011/36/UE; y de la insistencia de la Agencia de los derechos fundamentales de la UE al respecto.

Como modelo a seguir nos parecen los más apropiados los desarrollados por Italia y Suiza.

4. Resulta esencial desarrollar un protocolo interinstitucional que ponga en contacto a las autoridades fronterizas con todas las entidades implicadas en la protección, tutela y guarda de los menores no acompañados. Estamos hablando de la entidad de protección de menores competente en asignar el tutor/representante y el asesor legal independiente y provisional; la sección de menores y sección de extranjeros del Ministerio Fiscal; y los directores de los centros de protección creados específicamente para cada uno de estos colectivos de menores no acompañados.

El Salvador tiene regulado el derecho al alojamiento adecuado y seguro para todas las personas víctimas de trata, con independencia de su edad (art. 3 1, letra c, Ley especial contra la trata de personas), y le faltaría regular el alojamiento específico para solicitantes de asilo. Mientras que España debe regular ambos tipos de alojamientos específicos.

III. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE CARÁCTER TEMPORAL

Las medidas de protección recogidas a continuación corresponden al paso intermedio entre la entrada del menor no acompañado y la decisión sobre su permanencia, retorno, o reagrupación familiar. Como las figuras de protección de menores y la regulación de extranjería tienen distintos enfoques en España y en El Salvador, debemos diferenciar entre uno y otro país.

a) Las medidas de protección o garantías procesales específicas para menores no acompañados que proponemos para España son:

1. La entidad autonómica dictará en un plazo máximo de 72 horas desde la llegada del menor la resolución de guarda provisional con la asunción de la tutela mientras se estudia la situación de desamparo. Las funciones vinculadas a la tutela o representación de la entidad autonómica serán ejercidas en su nombre por el tutor/representante provisional, quien velará por el interés superior del menor no acompañado, en todos los trámites de extranjería y de protección de menores hasta que se asuma la tutela *ex lege* por la entidad autonómica, se nombre un tutor ordinario o guardador de hecho con funciones tutelares, se retorne al menor o se reagrupe en un Estado miembro de la UE.

2. La decisión de retorno no recaerá en la administración del Estado, pues al tratarse de una medida de protección del menor, la entidad autonómica tendrá la competencia para decidir si aplicar o no esta medida. El retorno del menor siempre será voluntario y asistido.

3. En el supuesto de que exista un guardador de hecho con domicilio en España, la entidad autonómica dictará una resolución administrativa concediendo el acogimiento familiar temporal a favor del guardador de hecho por un plazo máximo de dos años.

La autoridad judicial competente le concederá mediante resolución funciones tutelares al guardador, previa revisión de la situación del acogimiento temporal, el cual se convertirá en un acogimiento familiar permanente. Cuando esto suceda se propondrá a la autoridad judicial la constitución de la tutela ordinaria a favor del guardador de hecho. Ambas resoluciones serán anotadas en el Registro Civil, para así poder habilitar al guardador de hecho con un título de legitimidad para que represente al menor, vele por sus intereses y cuide por su máximo bienestar

4. Cuando exista conflicto de intereses en cualquiera de los trámites previos o posteriores de extranjería entre los del representante del MENA (tutor/representante provisional, guardador de hecho con funciones tutelares, Ministerio Fiscal) y los del propio menor, se nombrará por la autoridad judicial competente un Defensor Judicial.

5. El Ministerio Fiscal en su función de vigilancia, tutela y defensa de los derechos fundamentales de los menores tutelados, cuando la entidad autonómica asuma la tutela *ex lege* del menor y se retrase en el inicio del trámite de solicitud de autorización de residencia inicial, deberá intervenir exigiendo a la entidad autonómica el cumplimiento de sus deberes tutelares.

6. Debe primar la figura del acogimiento familiar sobre el residencial para todos los menores, pero especialmente para los MENA, por su elevada vulnerabilidad y desamparo familiar. Además, estos menores deberían tener prioridad en el acceso a los recursos de la entidad autonómica.

7. Los menores no acompañados solicitantes de asilo, de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento 604/2013, pueden trasladarse a otro Estado miembro de la UE, en el que resida legalmente algún miembro de su familia, un hermano mayor o un pariente, siempre y cuando este sea el interés superior del menor. Sobre estos menores no se adoptarán medidas de protección permanente, excepto si se decide que permanecerán en España. Cuando sean trasladados a otro Estado miembro de la UE, deberán ser provistos de un visado humanitario, pues se debe evitar siempre que estén indocumentados.

8. En el caso de menores no acompañados solicitantes de asilo por motivos de orientación sexual proponemos que se atienda a lo establecido por la

jurisprudencia del TEDH, y sean siempre asistidos por un tutor o representante provisional. El procedimiento se adaptará a la edad del menor.

Un equipo multidisciplinar construirá el relato de vida del menor. La autoridad responsable de examinar la solicitud de asilo no podrá realizar un examen psicológico basándose en un test de personalidad proyectivo. Los métodos deben respetar los derechos fundamentales.

b) Las medidas de protección o garantías procesales específicas para menores no acompañados que proponemos para El Salvador son:

1. Regular con rigor y precisión el poder especial concedido por la familia del menor no acompañado a una tercera persona (situación recogida en el art. 61 Ley especial de migración y extranjería), por los riesgos que la actual regulación presenta dada su ambigüedad y lagunas.

Consideramos que el poder debería ser entregado en la embajada o consulado salvadoreño. Se deberá realizar un procedimiento de control previo sobre la capacidad, fondo y forma del poder especial en el que se autoriza a esa tercera persona. Se investigará previamente a la tercera persona autorizada por los padres en el poder especial, y el lugar donde va a residir el menor migrante. Se verificarán las necesidades específicas de protección de cada menor migrante no acompañado o separado a su llegada al país de destino.

2. Con respecto a la tercera persona autorizada por los padres del menor a hacerse cargo del cuidado de éste durante su estancia en El Salvador, consideramos necesaria la formalización de una medida de protección temporal como pudiera ser, por ejemplo, un acogimiento familiar temporal.

3. Regulación y ampliación del ejercicio del derecho de reunificación familiar a terceras personas, salvadoreñas o extranjeras residentes legales, tutores o representantes de menores extranjeros.

4. Cuando exista contradicción de intereses entre el representante del menor no acompañado y éste, intervendrá el Procurador General de la República en defensa de los derechos fundamentales del menor.

IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN PERMANENTES

Las medidas de protección con carácter permanente comienzan una vez se decide que el menor no acompañado permanecerá en España o El Salvador, o se le concede un estatus jurídico específico. En España, para los menores

no acompañados con edades comprendidas entre 16 y 17 años, que trabajan, y tiene un alto grado de vulnerabilidad, proponemos la implementación de programas de preparación para la emancipación. Entendemos que podrían ser beneficiarios de pisos tutelados compartidos. Una estancia que les facilitaría el tránsito hacia la plena emancipación.

Los menores no acompañados y refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria deberían poder reagrupar a sus padres (art. 10.3, letra a, Directiva 2003/86/CE). Cuando no los tengan o no se les localicen, sería oportuno regular la posibilidad de entrada con fines de reunificación familiar del tutor legal o cualquier otro adulto miembro de la familia (art. 10.3, letra b, Directiva 2003/86/CE).

Para El Salvador, debería suprimirse el actual requisito económico para poder ejercer la reagrupación familiar.

Para los menores no acompañados que vivan con un guardador de hecho con funciones tutelares o una familia de acogida permanente, se debe promover la constitución de la tutela ordinaria. Y para aquellos, que en El Salvador convivan con la persona autorizada por el poder familiar especial, se promoverá la constitución de la tutela dativa a favor de esta tercera persona.

Por último, los adolescentes no acompañados en edad laboral serán provistos de la autorización de residencia no lucrativa con excepción a la autorización de trabajo.

Para concluir diremos que todas las medidas presentadas tienen como fin último desarrollar el principio de igualdad en relación con los MENA, evitando así las situaciones de subordiscriminación y reduciendo a mínimos las vulnerabilidades ligadas al propio proceso migratorio que padecen estos menores. Esto explica la centralidad que posee en toda la investigación el desarrollo de medidas de protección y tutela especiales, a fin de dar cobertura apropiada a las necesidades específicas de estos menores.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD ARENAS, Encarnación (2018): «El acogedor y guardador: hacia una refundición de funciones de acogimiento temporal», *Estudios Institucionales*, vol. 5(9), 125-172.
- ABDUL-RIDA, Chadi, y Nauck Bernhard (2014): «Migration and Child Well-Being», en Asher Ben-Arieh et al. (eds.), *Handbook of Child Well-Being: Theories, methods and policies in global perspective*, Ámsterdam, Springer, pp. 3101-3142.
- ABBOUD CASTILLO, Neylia (2017): «¿Disociación entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental?: Añejos conceptos-nuevos significados, a la luz de la custodia compartida», en Antonio Silva Sánchez, Ángel Acedo Penco y Mabuel Peralta Carrasco (coords.), *Derecho de Familia: nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, Madrid, Dykinson, pp. 13-36.
- ACKERMAN, Sebastián E., y Sergio L. (2013): *Metodología de investigación*, Buenos Aires, Ediciones del Aula Taller, pp. 43-44.
- ACOSTA PENCO, María Teresa (2016): «Los nuevos límites a la libre circulación de turistas en la UE», *International Journal of Scientific Managment Tourism*, vol. 2(3), pp. 27-40.
- ACUÑA GONZÁLEZ, Guillermo (2012): «Inmigración», en *Flujos migratorios intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana*, Informe El Salvador, OIM, OIT, CECC SICA, Red de Observatorios del Mercado Laboral, pp. 20-24.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2014): *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Madrid, Dykinson.
- AFAILAL, Hafsa (2015): «Las migraciones inesperadas: Marruecos y Turquía entre diversidad y seguridad» (tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili).
- ALVARES GARCÍA JÚNIOR, Armando (2019): «Menores en la Unión Europea. Contextualización y análisis de las dificultades legales en la solicitud de asilo», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11(1), pp. 63-81.
- ÁLVAREZ CANTALAPIEDRA, Santiago, y Yayo Herrero (2016): «Extractivismo y expulsiones: dinámicas organizadoras de una nueva realidad», en *Análisis y perspectivas 2015: empleo precario y protección social*, Madrid, Fundación FOESSA, pp. 37-47.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel (2016): «Capítulo III sistema normativo español sobre protección de menores», en Clara Martínez García (dir.), *Tratado del menor. La*

- protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 123-130.
- AMORÓS PUENTE, Celia (2010): «Feminismo y multiculturalismo», en Ana de Miguel Álvarez y Celia Amorós Puente (coords.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Madrid, Minerva, pp. 215-264.
- ANTÚNEZ ÁLVAREZ, María et al. (2016): *De niños en peligro a niños peligrosos. Una visión actual sobre los menores extranjeros no acompañados en Melilla*, Asociación Harraga, https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=5382 [consultado a 13 de septiembre de 2020].
- ANTXUSTEGI IGARTUA, Esteban (2010): «Ciudadanía y derechos sociales», *Lan Harremanak*, núm. 22, pp. 151-165.
- AÑÓN ROIG, María José (2002): «Derechos Fundamentales y Estado Constitucional», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 40, pp. 25-36.
- ARCE JIMÉNEZ, Elena (2005): «Panorama legislativo de los menores no acompañados y maltrato institucional», en Ángeles Ramírez Fernández y Mercedes Jiménez Álvarez (coords.), *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados en España*, Madrid, Akal, pp. 153-159.
- (2018): «El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, pp. 1-40.
- ARCHARD, David (1993): «Do parents own their children?», *The International Journal of Children's Rights*, núm. 1, pp. 293-301.
- ARENAL LORA, Libia (2017): *Las graves formas contemporáneas de victimización. Los crímenes económicos contra la humanidad*, Sevilla, Fundación para la Cooperación APY-Solidaridad en Acción.
- ARENAS HILDALGO, Nuria (2016): «Flujos masivos de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo», *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 18(36), pp. 339-372.
- ARLETTAZ, Fernando (2014): «Extranjeros, migrantes y trabajadores migrantes en la jurisprudencia interamericana», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 36, pp. 247-260.
- (2016a): «Perspectiva interamericana sobre la afectación de la libertad de menores en procedimientos migratorios», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, pp. 197-231.
- (2016b): «La déclaration UE-Turquie de mars 2016 et le principe de non refoulement», *l'Observateur des Nations Unies*, vol. 41, pp. 71-96.
- ARMENTEROS LEÓN, Miguel (2015): *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España. Actualizado con el contenido del protocolo marco de 22 de julio de 2014*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- AYLWIN, José et al. (2014): *Derechos Humanos de los grupos vulnerables*, Red Derechos Humanos y Educación Superior (dhes).

- BÄCKSTRÖM, Kerstin (1989): «Convention on the Rights of the Child», *International Journal of Early Childhood*, núm. 2, pp. 35-44.
- BADÍA MARTÍ, Anna (2010): «La trata de niños en el ámbito jurídico internacional», en Francisco Aldecoa Luzárraga et al. (dirs.), *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del niño*, Madrid, Marcial Pons, pp. 115-128.
- BARDOLET DILMÉ, Anna (2014): «Visado humanitario: una posible puerta de entrada a la Fortaleza Europa», *Opinión CIDOB*, núm. 249.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (2014): «Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y edadismo», en María del Carmen Barranco Avilés, Cristina Churrua Muguruza y Patricia Cuenca Gómez (eds.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BARRERA DÁVILA, Soledad (2014): «De la doctrina de la situación de irregularidad a la doctrina de la protección integral en el Perú. El Caso de los hogares del Inabif» (trabajo fin de máster, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú).
- BARRERA LÓPEZ, Francisco Manuel (2010-2011): «La protección del menor no acompañado y la condición de extranjero. ¿Una relación compatible? Reflexión desde el derecho de la Unión Europea y el derecho español», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 13-14, pp. 195-232.
- BARRERA LUNA, Raúl (2013): «El Concepto de la cultura: definiciones, debates y usos sociales», *Revista de Claseshistoria*, núm. 2, pp. 1-13.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (2016): «Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad vs. discriminación?», *CEFD*, núm. 34, pp. 17-34. doi: 10.7203/CEFD.34.8927
- BAUBÖCK, Rainer (2006): *Migration and Citizenship. Legal Status, Rights and Political Participation*, Ámsterdam, Amsterdam University Press.
- BAUMAN, Zygmunt (1998): *La globalización. Consecuencias humanas*, México D. F., Fondo de Cultura Económica.
- (2009): *Ética posmoderna*, Madrid, Siglo XXI.
- (2008): *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós.
- BELOFF, Mary (2004): «Capítulo IV. Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño», en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 79-192.
- (2009): *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- (2011): «La protección de los niños y la política de la diferencia», *Lecciones y ensayos*, núm. 89, pp. 405-420.
- (2014): «Artículo 19. Derechos del niño», en Christian Stenier y Patricia Uribe (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, [s. l.], Konrad Adenauer Stiftung, pp. 445-469.

- BELOFF, Mary, y Laura Clérico (2016): «Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana», *Estudios Constitucionales*, núm. 1, pp. 139-178.
- BELORGEY, Jean Michel (2007): «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité europeo de derechos sociales», *Revista de derecho político*, UNED, núm. 70, pp. 347-377.
- BEN-ARIEH, Asher et al. (2014): «Multifaceted concept of child well-being», en Asher Ben-Arieh et al. (eds.), *Handbook of child well-being: Theories, methods and policies in global perspective*, Ámsterdam, Springer, pp. 1-27.
- BENÍTEZ GIRALT, Rafael (2014): «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC 21/14. Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Cuadernos Manuel Jiménez Abad*, núm. 8, pp. 112-119.
- BENITO OTAZU, Leyre (2017): «La familia, también: integración y procedimientos de reunificación familiar para las personas refugiadas en la Unión Europea», *Relaciones Internacionales*, núm. 36, pp. 51-71.
- BERGER, Peter, y Thomas Luckmann (1968): *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu.
- BHABHA, Jaqueline (2012): «Women, children and other marginalised migrant groups», en *Foundations of International Migration Law*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 205-233.
- BHABHA, Jaqueline, y Christina ALFIREV (2009): *Identificación y derivación de las personas víctima de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional*, Series de investigación, Cambridge (MA), Acnur.
- BINSTOCK, Hanna (1998): *Towards equality for women. Progress in legislation since the adoption of the Convention on the elimination of All forms of discriminations against women*, Serie Mujer y desarrollo, Santiago, United Nations.
- BOLAÑOS VÁSQUEZ, Hazel J. (2013): *La regulación jurídica-penal de la trata de personas. Especial referencia a El Salvador y a España*, San Salvador, Universidad Tecnológica de El Salvador.
- BOLZMAN, Lara (2008): «The Advent of child Rights on the International Scene and the Role of the Save the Children International union 1920-45», *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27(4), pp. 26-36.
- BONET PÉREZ, Jordi (2010): «Explotación laboral infantil», en Francisco Aldecoa Luzárraga et al. (dirs.), *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del niño*, Madrid, Marcial Pons, pp. 215-238.
- BONILLA MALDONADO, Daniel (2011): *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- BORELLI, Silvia (2015): «The (Mis)-Use of General Principles of Law: *Lex Specialis* and the Relationship Between International Human Rights Law and the Laws of

- Armed Conflict», en Laura Pineschi (ed.), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, Ginebra, Springer, pp. 265–293.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría (2010): «La evolución de la protección del niño en el Derecho Internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989», en Francisco Aldecoa Luzárraga et al. (dirs.), *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del niño*, Madrid, Marcial Pons, pp. 11–37.
- BOURDILLON, Michael (2014): «Children’s Work», en Asher Ben-Arieh et al. (eds.), *Handbook of child well-being: Theories, methods and policies in global perspective*, Ámsterdam, Springer, 2014, pp. 821–861.
- BRANDL, Ulrike, y Philip Czech (2017): «General and Specific Vulnerability of Protection-Seekers in the EU», en Francesca Ippolito y Sara Iglesias Sánchez (eds.), *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*, Oxford, Hart Publishing, pp. 247–270.
- BRAVO, Amaia, e Iriana Santos-González (2017): «Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención», *Psychosocial Intervention*, núm. 26, pp. 55–62.
- BREEN, Claire (2002): *The standard of the best interests of the child. A western tradition in international and comparative law*, Ámsterdam, Kluwer law international.
- BRUÑOL, Miguel (1997): «Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios», *Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño (OEA)*, vol. 234, pp. 1–13.
- BUAIZ VALERA, Yuri Emilio (2013): *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia comentada del El Salvador Libro primero*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador.
- BUSH, Jeb et al. (2009): *U.S Immigration Policy*, Nueva York, Council on Foreign Relations.
- BUSO, Gustavo (2001): «Vulnerabilidad social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del Siglo XXI», en Seminario Internacional: Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 20 y 21 de junio de 2001, ONU.
- BUSTELO, Eduardo (1998): «Expansión de la ciudadanía y construcción democrática», en *Todos entran. Propuesta para sociedades incluyentes*, Colección Cuadernos de debate, Santa Fé de Bogotá, Unicef; Santillana, pp. 1–14.
- CABEDO MALLOL, Vicente (2008): «Capítulo VII.- La protección y la integración de los menores inmigrantes no acompañados», en *Marco Constitucional de la Protección de Menores*, Madrid, La Ley, pp. 163–195.
- (2016): «V. Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia: luces y sombras», en Vicente José Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 70–74.

- CABEDO MALLOL, Vicente, y Alexis Cloquel Lozano (coords.) (2012): *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las comunidades autónomas. La necesidad de colaboración, coordinación, y cooperación a nivel nacional y en el seno de la UE*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CÁCERES, Mauricio, y Paola Parada (2007): *Democracia y participación juvenil: conceptos y experiencias en El Salvador*, San Salvador, GTZ.
- CALDUCH CERVERA, Rafael (1991): *Relaciones Internacionales*, Madrid, Ediciones de las Ciencias Sociales.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y Javier Carrascosa González (2018): «Capítulo XV. Protección de Menores», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 8ª ed., Granada, Comares, pp. 428-536.
- CÁMARA BOTÍA, Alberto (2003): «Los menores en la legislación laboral española», *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 19, pp. 123-143.
- CAMPOS HERNANDO, Gema (2013): «Transición a la vida adulta de los jóvenes acogidos en residencias de protección» (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid).
- CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz (2005): «Capítulo V. Los menores extranjeros», en Mª Ángeles Sánchez Jiménez (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (jurisprudencia y formularios)*, Diego Marín, DM.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (2011): «Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario,» en *La protección internacional de los refugiados en las Américas*, Quito, Acnur, pp. 229-310.
- CANÓS DARÓS, Lourdes, y Francisca Ramón Fernández (2010): «La auditoría social ante el trabajo de los menores en las empresas multinacionales», en Vicente Cabedol Mallol et al. (dirs.), *La situación de los menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 393-405.
- CAÑAS HERRERA, Fernanda (2016): «Análisis del desplazamiento forzado de niñas, niños y adolescentes salvadoreños hacia EEUU por violencia generalizada desde una perspectiva de género» (tesis fin de máster, Universidad de Oviedo).
- CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón (2008): *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta.
- (2016): *Impolíticos jardines: ensayos sobre política y cultura*, Madrid, Trotta.
- CARDONA, Omar (2003): «Chapter 3. The need for rethinking the concepts of vulnerability and risk from a holistic perspective: a necessary review and criticism for effective risk management», en Greg Bankoff, Dorothea Hilhorst y George Frerks (eds.), *Mapping Vulnerability: Disasters, Development and People*, Earthscan Publishers.
- CARDONA LLORENS, Jorge (2012): «La Convención sobre los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos», *Educatio, Siglo XXI*, núm. 2, pp. 47-68.

- CARMONA LUQUE, María del Rosario (2011): *La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Dykinson, pp. 42-49.
- CARO BLANCO, Fernanda (2015): «La inserción por empleo de colectivos vulnerables. Discursos y estrategias de los agentes de inserción en un contexto de crisis» (tesis doctoral, Universidad Pública de Navarra).
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2018): «Protección de menores extranjeros en España. El criterio residencia habitual del menor», en José A. Cobacho Gómez (dir.), *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 469-492.
- CASADEVALL, Josep (2012): *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CASAS, Ferrán (2006): «Infancia y representaciones sociales», *Política y Sociedad*, vol. 43(1), pp. 27-42.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia (2014): «Medidas de protección de los derechos humanos y derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos. En especial, las garantías jurisdiccionales de los derechos humanos. La protección de los derechos en el sistema universal de derechos humanos (Protección internacional de los derechos e intereses fundamentales de la comunidad internacional y soberanía de los Estados) (art. 8, 28DUDH; arts. 2.2, 2.3, 41, 15.2, parte II, parte IV PIDCP; art. 2.1, parte II, parte IV PIDESC)», en José Luis Monereo Pérez (dir.), *El sistema universal de los derechos humanos*, Granada, Comares, pp. 985-1010.
- CASSESE, Sabino (2011): *El derecho global: justicia y democracia más allá del Estado*, Sevilla, Editorial Derecho Global.
- CASTLES, Stephen (2017): «Migration policies are problematic-because they are about migration», *Ethnic and racial studies*, vol. 40(9), pp. 1538-1543.
- CASTLES, Stephen, y Alastair Davidson (2000): *Citizenship and Migration. Globalization and the politics of belonging*, Nueva York, Macmillan Press.
- CAVALCANTE CARVALHO, Alana Micaelle (2017): «Protección internacional a las mujeres con discapacidad frente a la violencia sexual en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad» (tesis fin de máster, Universidad Carlos III de Madrid).
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^a del Carmen (2014): *La nueva posición del tutor en la legislación y en la realidad actual*, Cizur Menor, Aranzadi.
- CEPERO ESPINOSA, Sergio (2005): «Una visión internacional sobre los niños de la calle. Estudio de casos: Los niños de la calle de la ciudad de Ceuta» (tesis doctoral, Universidad de Granada).
- CERIANI CERNADAS, Pablo (2015): «Los derechos de la niñez en el contexto de la migración: los desafíos para la introducción del paradigma de la protección integral de la niñez en las políticas migratorias» (tesis doctoral, Universidad de Valencia).
- (2019): *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*, Madrid, Unicef.

- CHURRUCA MUGURUZA, Cristina (2014): «Vulnerabilidad y protección en la acción humanitaria», en María del Carmen Barranco Avilés, Cristina Churruca Muguruza y Patricia Cuenca Gómez (eds.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 45-70.
- CLARO QUINTÁNS, Irene, e Isabel Lázaro González (2016a): «Capítulo V.- Algunos retos pendientes en la protección de los derechos de los niños, punto 5. Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños», en Clara Martínez García (dir.), *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 765-786.
- CLARO QUINTÁNS, Irene, e Isabel Lázaro González (2016b): *Infancia y protección internacional en Europa: niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, Madrid, Tecnos.
- CLAUWAERT, Stefan (2017): «Article 19. The Right of Migrant Workers and Their Families to Protection and Assistance», en Niklas Bruun, Klaus Lörcher y Stefan Clauwaert (eds.), *The European Social Charter and the employment relation*, Oxford, Hart Publishing, pp. 340-357.
- CLAVERO SALVADOR, Bartolomé (1997): *Happy Constitution*, Madrid, Trotta.
- (2016): *Sujeto de derecho entre Estado, género y cultura*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik.
- (2018): «¿Es que no hubo genocidio en las Américas? (a propósito de la historiografía sobre *settler genocide*, comparativamente)», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 47(1), pp. 647-687.
- COBAS COBIELLA, María Elena (2015): «Menores y extranjería: situaciones de regularización», *Rev. boliv. de derecho*, núm. 20, pp. 100-119.
- COBO, Rosa (2006): «Ellas y nosotras en el diálogo intercultural», en Rosa Cobo et al. (coords.), *Interculturalidad, feminismo y educación*, Madrid, Catarata, pp. 11-33.
- CONDE SOLÉ, Andrés (2019): «Para una gestión responsable y sostenible de la movilidad internacional, con una perspectiva de infancia», en *El fenómeno migratorio en España. Reflexiones desde el ámbito de la seguridad nacional*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, España, pp. 71-75.
- Consejo de Abogacía Europea (2016): «Comentarios de CCBE sobre la propuesta de la Comisión sobre el Reglamento por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido)». Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/04/Comentarios-de-CCBE-sobre-la-propuesta-de-la-Comision-sobre-el-Reglamento-por-el-que-se-establecen-los-criterios-y-mecanismos-de-determinacion-del-Estado-miembro-1.pdf> [consultado a 29 de julio de 2018].
- CORDERO ARCE, Matías (2015a): «El derecho de las niñas y niños al trabajo: Un derecho secuestrado por el adultismo y capitalismo hegemónico», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 49, pp. 87-127.

- (2015b): *Hacia un discurso emancipador de los derechos de las niñas y los niños*, Lima, Ifejant.
- CORONA CARAVEO, Yolanda (2007): «Desarrollos conceptuales sobre ciudadanía y niñez», *Anuario de Investigación* 2006, pp. 27-41.
- CORTÉS RAMÍREZ, Eugenio Enrique (2014): «La hegemonía cultural hoy: la hegemonía como método analítico en los estudios culturales», *Pensamiento Actual*, vol. 14(22), pp. 13-28.
- CORTINA, Adela (1998): «Ciudadanía social», *El País*, 8 de agosto de 1998. Disponible en: https://elpais.com/diario/1998/08/08/opinion/902527203_850215.html [consultado a 13 de marzo de 2018].
- (2001): «Ciudadanía económica cosmopolita», *El País*, 5 de junio de 2001. Disponible en: <http://consumoetico.webs.uvigo.es/textos/consumo/ciudadania.pdf> [consultado a 5 de marzo de 2018].
- (2003): *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, Alianza Editorial.
- (2006): «Ciudadanía intercultural», *Philosophica*, núm. 27, pp. 7-15.
- (2011): «Pluralismo moral y democracia deliberativa» (conferencia inaugural del X Congreso Nacional de Bioética celebrado en Pamplona entre el 6 y 8 de octubre de 2011). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=XUurqDkbndI> [consultado a 13 de marzo de 2018].
- (2017): *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Barcelona, Paidós.
- CREA, Thomas et al. (2017): «Moving forward: Educational outcomes for Unaccompanied Refugee Minors (URM) exiting foster care in the United States», *Journal of Refugee Studies*, vol. 31(2), pp. 240-256.
- CRENSHAW, Kimberle (1989): «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», *University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, article 8, pp. 139-167.
- CRUZ LÓPEZ, Alirjen Ariana, y M^a Gabriela Zeledón Guzmán (2013): *Análisis de Libre Movilidad de las Personas en el Marco de los Procesos de Integración Centroamericano y Europeo*, Managua, Universidad Centroamericana.
- CUENCA PARÍS, M^a Elena et al. (2018): «El tránsito a la vida adulta de los jóvenes en acogimiento residencial: el rol de la familia», *Educación XX1*, vol. 1(21), pp. 321-344.
- CUEVAS MOLINA, Rafael (2006): *Identidad y cultura en Centroamérica: nación, integración y globalización a principios del siglo XXI*, San José, Universidad de Costa Rica.
- CUSSIÁNOVICH VILLARÁN, Alejandro (2006): *Ensayos sobre Infancia. Sujeto de derechos y protagonista*, Lima, Ilefant.
- (2007): «Los niños y las niñas en una sociedad de cómplices», *Paedriatrica*, núm. 9, pp. 27-33.
- (2010): *Paradigmas de las culturas de la infancia como forma de poder*, Lima, Ilefant.

- DA CUHNA, Ana Paula, y George Rodrigo Bandeira Galindo (2013): «La nacionalidad y la ciudadanía: ¿Dos gemelos siameses?», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 63, pp. 9-22.
- DAHL, Robert A. (1992): *La democracia y sus críticos*, 7ª ed., Barcelona, Paidós Ibérica.
- (1998): *La democracia una guía para los ciudadanos*, Madrid, Taurus.
- DE GRAEVE, Katrien (2015): «Classed Landscapes of Care and Belonging: Guardianships of Unaccompanied Minors», *Journal of Refugee Studies*, vol. 30(1), pp. 71-88.
- DELGADO PARRA, Mª Concepción (2015): «Ciudadanía moderna y derechos humanos en contextos de fragilidad democrática», *Reflexión Política*, núm. 34, pp. 50-58.
- DELGADO ROJAS, Jaime (2009): *Construcciones supranacionales e integración regional latinoamericana*, San José, Universidad de Costa Rica.
- DELLE FEMMINE, Laura et al. (2018): «El mapa de los menores igrantes en España y Europa», *El País*, 5 de febrero de 2018. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/02/01/actualidad/1517498139_350606.html [consultado a 1 de marzo de 2018].
- DE LORENZO SEGRELLES, Manuel (2006a): «Artículo 34. Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados», en Carlos Esplugues Mota, Carmen Azcárraga Monzonís y Ana Paloma Abarca Junco (eds.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 841-855.
- (2006b): «Artículo 35. Residencia de menores», en Carlos Esplugues Mota, Carmen Azcárraga Monzonís y Ana Paloma Abarca Junco (eds.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- DE LUCAS, Javier (2006): «Identidad y Constitución Europea: ¿Es la identidad cultural europea la clave del proyecto europeo?», *Revista de Pensamiento Contemporáneo*, núm. 13, pp. 73-75.
- (2014a): «Sobre nacionalidad y extranjería», en José Luis Monereo Pérez (dir.), *El sistema universal de los derechos humanos*, Granada, Comares, pp. 365-375.
- (2014b): «Sobre ciudadanía y democracia: frente a la democracia sin ciudadanos», en Francisco M. Mora Sifuentes (coord.), *Democracia: ensayos de filosofía jurídica y política*, México D.F., Fontamara, pp. 55-75.
- (2016): «Política y derecho: la gestión de los conflictos derivados de la diversidad cultural», en Ángeles Solano Corella (ed.), *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea. Implicaciones jurídico-políticas*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 19-33.
- DE MONTES MEANA, Manuel (2005): «Los menores extranjeros no acompañados y la legislación española de extranjería», en Ángeles Ramírez Fernández y Mercedes Jiménez Álvarez (coords.), *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, Madrid, Akal, pp. 143-152.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2015): *Revueltas de indignación y otras conversas*, Bolivia, Proyecto Alice.
- DÍAZ ARIAS, David (2007): *La construcción de la nación: teoría e historia*, Serie Cuadernos de Historia de la Cultura, núm. 3, San José, Universidad de Costa Rica.

- DÍAZ SACRISTÁN, Nuria (2017): «La protección internacional de los menores extranjeros no acompañados. Problemática jurídica y análisis de la situación en España de los menores procedentes de Marruecos víctimas de trata» (tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos).
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel (2010): *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª ed., Madrid, Tecnos.
- DÍEZ GARCÍA, Helena (2016): «Artículo 172 Código Civil», en Gemma Minero Alejandre Rodrigo, Bercovitz Rodríguez Cano y Mª Teresa Álvarez Moreno (eds.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 449-506.
- D'ORS, Eugenio (1947): «Verdades en segunda vuelta», en *Nuevo Glosario*, vol. II (1927-1933), Madrid, Aguilar, pp. 1043-1045.
- DRAMMEH, Louise (2010): *Projets de vie pour des mineurs migrants non accompagnés. Manuel à l'usage des professionnels de terrain*, Collection Migration, Consejo de Europa.
- DUARTE QUAPPER, Claudio (2012): «Sociedades adulto céntricas: sobre sus orígenes y reproducción», *Última Década CIDPA Valparaíso*, núm. 36, pp. 99-125.
- (2015): «El adultocentrismo como paradigma y sistema de dominio. Análisis de la reproducción de imaginarios en la investigación social chilena sobre lo juvenil» (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona).
- DURÁN BERNARDINO, Manuela (2019): «Los menores migrantes no acompañados en el sistema español de protección social e integración laboral», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 50, pp. 63-82.
- DURÁN RUIZ, Francisco Javier (2007): «Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la protección y la represión», *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, junio, pp. 1-41.
- (2008): «La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia. Con especial atención a los menores inmigrantes» (tesis doctoral, Universidad de Granada).
- (2011): «Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros», *TRACE*, 60, pp. 9-24.
- DURSTON, John (1999): «Limitantes de ciudadanía entre la juventud latinoamericana», *Última Década*, núm. 10, pp. 1-4.
- EDWARDS, Alice (2010): «Las dimensiones de edad y género en el derecho internacional de los refugiados», en Erica Feller, Volker Türk y Frances Cholson (eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Barcelona, Icaria, pp. 50-88.
- ELÍAS MÉNDEZ, Cristina (2003): «El menor de edad en la Carta Social Europea», *Revista de derecho Universidad de Valencia*, núm. 2, pp. 1-27.
- ELVIRA PERALES, Ascensión (2011): «Sinopsis artículo 19 de la Constitución Española de 1978», Congreso de los Diputados. Sinopsis actualizada por Ángeles González Escudero, letrada de las Cortes Generales, enero 2011. Disponible en: <https://>

- app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=19&tipo=2 [consultado el 13 de septiembre de 2020.]
- EPSTEIN, Steven (1987): «Gay Politics, Ethnic Identity: The Limits of social constructionism», *Socialist Review*, vol. 93, pp. 9-54.
- ERIKSON, Erik H. (1994): *Identity: Youth and Crisis*, Nueva York, Norton & Company.
- ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, José (2010): «Perspectivas de la cooperación internacional en el marco de las organizaciones internacionales frente a la trata de personas, con especial referencia a la trata de niños», en Francisco Aldecoa Luzárraga et al. (dirs.), *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del niño*, Madrid, Marcial Pons, pp. 129-138.
- ESPOSITO, Roberto (2005): *Inmunitas. Protección y negación de la vida*, Madrid; Buenos Aires, Amorrortu Editores.
- ESTEVE GARCÍA, Francina (2008): «Las directivas europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad: análisis comparativo de su transposición en España y en Francia», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 10, pp. 189-230.
- ESTUPÍÑÁN-SILVA, Rosmerlin (2014): «Capítulo V. La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología», en Laurence Burgorgue-Larsen, Antonio Maués y Beatriz E. Sánchez Mojica (coords.), *Derechos humanos y políticas públicas*, Red Derechos Humanos y Educación Superior (dhes), pp. 193-231.
- FABREGA RUIZ, Cristobal F. (2001): *Protección jurídica del menor inmigrante*, A Coruña, Colex.
- FACIO, Alda (1995): «De qué igualdad se trata» (ponencia presentada en varios foros). Disponible en: <http://observatoriojyg.org/index.php/280-doctrina/1-derecho-de-humanos/2-igualdad/692-de-que-igualdad-se-trata> [consultado a 4 de marzo de 2019].
- FARMER, Alice (2013): «El impacto de la detención migratoria en los niños», *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 44, pp. 14-16.
- FEMENÍAS, M^a Luisa (2011): «Democracia, identidad y ciudadanía: las figuras de los márgenes», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 45, pp. 89-107.
- FEREGRINO BASURTO, M^a Azucena (2015): «Trabajo y ciudadanía», *Revistas de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, vol. 10(19), pp. 29-62.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (2007): «Codificación Internacional y desarrollo progresivo de los derechos humanos de las personas con discapacidad», en Carlos Fernández Liesa (coord.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid, BOE, pp. 59-81.
- FERNÁNDEZ ORTIZ DE ZÁRATE, Gonzalo (2017): «Trascender el capitalismo y las empresas transnacionales: claves para la disputa», *eldiario.es*, 27 de febrero de 2017.

- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, y Sixto Sánchez Lorenzo (2018): *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2013): «Breves apuntes sobre el proyecto de vida y su protección jurídica», *Anuario de la Facultad de derecho*, vol. 30, pp. 551-579.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio (2016): «Grupos vulnerables: apuntes para un concepto jurídico-social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 404, pp. 109-133.
- FERRAJOLI, Luigi (1999): *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- FERRERO, Mariano, e Igor López (2003): «Globalización, espacio, ciudadanía. Notas preliminares para una filosofía política de la sociedad mundial», *Revista de investigaciones políticas y sociológicas*, núm. 1, pp. 7-24.
- FIGUERA VARGAS, Sorily Carolina (2011): «La jurisdicción especial indígena y su reconocimiento en el sistema jurídico español» (tesis doctoral, Universidad de Salamanca).
- FIGUEROA MELÉNDEZ, M^a de los Ángeles, y Silvia Cristina Pérez Sánchez (2010): *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia*, San Salvador, Consejo Nacional de Judicatura.
- FIORAVANTI, Maurizio (2009): *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta.
- FIORINI, Aude (2016): «The protection of the best interests of migrant children—Private International Law Perspectives», en G. Biagioni y F. Ippolito (eds.), *Migrant Children in the XXI Century. Selected Issues of Public and Private International Law*, Series «La ricerca del diritto», Nápoles, Editoriale Scientifica, pp. 1-37.
- FLORES GONZÁLEZ, Begoña (2018): «La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5(2), pp. 321-362.
- FOUCAULT, Michel (2000): *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI.
- FRIDMAN, Denise et al. (2010): *Informe latinoamericano. Situación de la niñez sin cuidado parental o en riesgo de perderlo en América Latina. Contextos, causas, y respuestas*, Buenos Aires, Aldeas infantiles SOS internacional; RELAF.
- GABORIT, Mauricio et al. (2014): «Migración infantil irregular salvadoreña: reflexiones desde la psicología social», *ECA Estudios Centroamericanos*, vol. 69(736), pp. 55-89.
- GALEANO BARRALAGA, Ivania Esperanza (2015): «Garantías procesales aplicables a niños y niñas migrantes no acompañados en procesos de detenciones migratorias», *Revista Internacional de derechos humanos*, núm. 5, pp. 151-172.
- GALEOTE, Géraldine (2016): «Nuevos planteamientos de la política de la ciudad en Francia: La búsqueda de una cohesión social y urbana en los barrios prioritarios», en Ángeles Solano Corella (ed.), *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea. Implicaciones jurídico-políticas*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 71-87.
- GALINDO VÉLEZ, Francisco (2011): «El asilo en América Latina: Uso de los sistemas regionales para fortalecer el sistema de protección de refugiados de las Naciones Unidas», en *La protección internacional de los refugiados en las Américas*, Acnur, pp. 173-228.

- GALVIS ORTIZ, Ligia (2009): «La Convención de los derechos del niño veinte años después», *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 7(2), pp. 587-619.
- GAMBOA UMAÑA, Luis Enrique (2009): *Los retos de la ciudadanía y de la gobernabilidad en la globalización*, Serie Cuadernos de Historia de la Cultura, núm. 9, San José, Universidad de Costa Rica.
- GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel Eugenio (2013): «Derechos humanos y capitalismo: reflexiones en perspectiva sociohistórica», *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, núm. 10, pp. 135-156.
- GARCÍA GARCÍA, Teseida (2017): «El procedimiento para la determinación de la edad de los extranjeros no acompañados. Bases para un nuevo modelo» (tesis doctoral, Universidad Pontificia Comillas).
- GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen (2017): «La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Anuario de derecho civil*, vol. 70(4), pp. 1375-1421.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa (2016): «Los menores extranjeros no acompañados en situación de desamparo», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 42, pp. 47-66.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994): «La Convención internacional de los derechos del niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos», en *Derecho de la infancia/adolescencia en América latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fé de Bogotá, Forum Pacis, pp. 73-87.
- GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel (2015): «¿Hacia un espacio de seguridad, justicia y libertad? Una revisión crítica de las políticas migratorias y de asilo desde la Unión Europea y España», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 49, pp. 433-436.
- GATZSCHE, Katharina (2019): «Child protection in flight situations: the Hague child protection Convention and unaccompanied minors», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11(1), pp. 340-349.
- GHÉBALI, Victor-Ives (1972): «Aux origines de l'ECOSOC: l'évolution des commissions et organisations techniques de la Société des Nations», *Annuaire Français de Droit International*, 18, pp. 469-511.
- GIL RUIZ, Juana María (2014): «La violencia institucional de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, pp. 9-16.
- (2017): «Laissez faire, laissez passer: desigualdad estructural laboral y recortes presupuestarios», *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, Suplemento 6, pp. 111-124.
- GIMENO MONTEVERDE, Chabier (2013): «Menores que migran solos y sistemas de protección a la infancia», *Ekaina*, núm. 53, pp. 109-122.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (2017a): *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, Cizur Menor, Aranzadi.
- (2017b): «Tutela judicial para menores extranjeros en conflicto con la Administración», *Aranzadi doctrinal*, núm. 2, pp. 1-18.

- GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria (2011): «El Estatuto jurídico de los menores de edad extranjeros», en Julio V. Gavidia Sánchez (coord.), *Inmigración, familia y derecho*, Madrid, Marcial Pons, pp. 85-118.
- GONZÁLEZ BRIZ, Erika, y Pedro Ramiro (2016): «Las empresas transnacionales en la arquitectura de la impunidad: poder, corrupción y derechos humanos», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 135, pp. 39-52.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica (2011): «¿Menores o niñas, niños y adolescentes?: Reflexiones en el contexto del debate en América Latina», *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, núm. 5, pp. 35-47.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Almudena (2017): «La capacidad de obrar de los menores ante las Administraciones Públicas», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 116(4), pp. 909-928.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Erika (2011): «Ciudadanía, identidades complejas y cultura política en los manuales escolares andaluces de educación para la ciudadanía y los derechos humanos» (tesis doctoral, Universidad de Granada).
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2009): «Ciudadanía, nacionalidad y extranjería en un contexto de globalización económica», en Jesús Dima Torrado (coord.), *Derechos, Estado, mercado. Europa y América Latina*, Madrid, Dilex, pp. 366-368.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, y Gabriele Vestri (2012): *Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas. Un diálogo entre España y México*, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide.
- GONZÁLEZ SOUZA, Luis (1997): «Soberanía y derechos humanos», *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 41(170), pp. 97-112.
- GOYYETTE, Martin (2010): «El tránsito a la vida adulta de los jóvenes atendidos por los servicios sociales», *Revista interuniversitaria de pedagogía social*, núm. 17, pp. 43-56.
- GRENBY, M.O. (2006): «Introduction: Children, Childhood, and Children's Culture in the Eighteenth Century», *British Journal for Eighteenth-Century Studies*, núm. 29, pp. 313-319.
- GRIMSON, Alejandro (2008): «Diversidad y cultura: reificación y situacionalidad», *Tabula Rasa*, núm. 8, pp. 45-67.
- GUTIÉRREZ CASTILLO, Víctor Luis, y Manuel López Jara (2016): *El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. La implementación del Programa de Estocolmo*, Madrid, Tecnos.
- HADJAB BOUDIAF, Habiba (2016): «Las nuevas generaciones de personas menores migrantes» (tesis doctoral, Universidad de Granada).
- HARTUNG, Catherine (2017): *Conditional Citizens Rethinking Children and Young People's Participation*, Singapur, Springer.
- HEDLUND, Daniel, y Thomas Wimarck (2018): «Unaccompanied Children Claiming Asylum on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity», *Journal of Refugee Studies*, vol. 32(2), pp. 257-277. doi: <https://doi.org/10.1093/jrs/fey026>
- HEINE, Britta, y Lorenz Petersen (2018): «Adaptación y cooperación», *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 31, pp. 48-50.

- HELD, David (1997): *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós.
- HERNÁNDEZ AGUADO, Samuel (2018): «El derecho de asilo en España: el supuesto de los menores extranjeros no acompañados», en José Manuel Velasco Retamosa (dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 115-137.
- HERNÁNDEZ MONCADA, Mariella (2016): «Pueblos indígenas de El Salvador: la visión de los invisibles», en Fernando Quiles y Carina Mejías (eds.), *En Centroamérica patrimonio vivo*, Sevilla, Acer-VOS, pp. 138-158.
- HERRERA, Martha Cecilia, y Diego Alejandro Muñoz Gaviria (2008): «¿Qué es la ciudadanía juvenil?», *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 26, pp. 189-206.
- HERRERA FLORES, Joaquín (2008): *La reinención de los derechos humanos*, Sevilla, Atrapasueños.
- HEUPEL, Monika (2016): «Human rights protection in international organizations in the era of multi-level governance and legal pluralism», en Monika Heupel y Theresa Reinold (eds.), *The Rule of law in global governance*, Palgrave Macmillan, pp. 149-179.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio (2014): «Derechos del niño», en José Luis Monereo Pérez (dir.), *El sistema universal de los derechos humanos*, Granada, Comares, pp. 129-141.
- HORCAS LÓPEZ, Vicent (2016): «Entre el control y la protección. Los dispositivos de atención de los Menores Migrantes no Acompañados (MMNA) en el País Valencià» (tesis doctoral, Universidad de Valencia).
- HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús (2017): «Menores extranjeros no acompañados. Doble perspectiva jurídica: extranjería y protección de menores» (ponencia presentada en el «Curso Jurisdicción Penal y Extranjería», días 18 y 19 de septiembre del 2017, Madrid, CEJ). Disponible en: <https://docplayer.es/89150587-Menores-extranjeros-no-acompanados-doble-perspectiva-juridica-extranjeria-y-proteccion-de-menores.html> [consultado a 16 de febrero de 2021].
- IPPOLITO, Francesca (2017): «(De)constructing Children's Vulnerability under European Law», en *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*, Oxford, Hart Publishing, pp. 23-47.
- JAMES, Allison, y Adrian James (2004): *Constructing childhood. Theory, police and social practice*, Palgrave Macmillan.
- JIMÉNEZ ÁLVAREZ, Mercedes et al. (2005): «El reto de los menores e (in)migrantes», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 9, pp. 249-253.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina (2014): «Niñas soldado: peculiaridades de género», en Ángel Valencia Sáiz (coord.), *Investigaciones en Ciencias Jurídicas: Desafíos actuales del Derecho*, Málaga, Universidad de Málaga.
- (2017): «La persecución de género en el derecho internacional de los refugiados: nuevas perspectivas», *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 33. doi: <https://doi.org/10.17103/reei.33.05>

- JOHNSON, Deborah et al. (2013): «Chapter 1. Vulnerable Childhood in a Global Context: Embracing the Sacred Trust», en *Vulnerable Children. Global Challenges in Education, Health, Well-Being, and Child Rights*, Springer, pp. 1-10.
- KAHALE CARRILLO, Djamil Tony (2009): «Reconocimiento del derecho de asilo a víctimas de violencia de género», *Temas Laborales*, núm. 102, pp. 239-250.
- KALVERBOER, Margrite et al. (2017): «The Best Interests of the Child in Cases of Migration Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures», *The International Journal of Children's Rights*, núm. 1, pp. 114-139.
- KEESING, Roger (1993): «Teorías de la cultura», en *Lecturas de antropología social y cultural*, UNED, pp. 51-82.
- KELLER, Helen, y Leena Grover (2012): «General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy», en *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 116-198.
- KENNEDY, Elizabeth G: (2013): «Refugiados de las pandillas centroamericanas», *Revista Migraciones Forzosas*, núm. 43, pp. 50-52.
- KIRBY, P., y Martin Woodhead (2003): «Children's participation in society», en Heather Montgomery, Martin Woodhead y Rachel Bu (eds.), *Changing Childhoods: Local and Global*, Chichester, John Wiley, pp. 234-270.
- KRONICK, Rachel, and ROUSSEAU, Cécile (2015): «Rights, Compassion and invisible children: a critical discourse analysis of the parliamentary debates on the mandatory detention of migrant children in Canada», *Journal of Refugee Studies*, vol. 28(4), pp. 544-569.
- KYMLICKA, Will (1996): *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós Ibérica.
- LAFONT NICUESA, Luis (2018): *La determinación de la edad del presunto menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas. Aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- LANDESMAN, Bruce (2016): «Chapter 15. Restricting Immigration Fairly», en Ann Cudd y Win-chiat Cudd (eds.), *Citizenship and immigration-borders, migration and political membership in a global age*, Springer, pp. 203-213.
- LANDSDOWN, Gerison (2005): *Innocenti Insight. La evolución de las facultades del niño*, Unicef.
- LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (2014): «Algunas reflexiones en torno al reciente protocolo marco sobre determinadas actuales en relación con los menores extranjeros no acompañados», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 37, pp. 265-286.
- LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa (2015): «La familia en la Unión Europea: el derecho a la reunificación familiar», *Revista boliviana de derecho*, núm. 20, pp. 234-240.
- LA PRENSA GRÁFICA (2016): «637 niños y adolescentes fueron asesinados en El Salvador en 2015». Disponible en: <https://www.laprensa.hn/mundo/976671-410/el-salvador-637-menores-de-edad-fueron-asesinados-en-2015> [consultado a 16 de febrero de 2021].

- LA SPINA, Encarnación (2013): «La reestructuración ideal de las familias migrantes en la ley de extranjería», *Athenea Digital*, vol. 13(3), pp. 137-148.
- (2016): «Situaciones de vulnerabilidad vs. Exclusión para los inmigrantes en el contexto sur-europeo de crisis económica», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, pp. 182-204. doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3561>
- (2017): «La protección de la unidad familiar en contextos de crisis migratoria: La historia de dos casos», *Universitas*, núm. 25, pp. 163-186.
- LÁZARO GÓNZALEZ, Isabel (2007): «Menores extranjeros no acompañados. La situación en España», *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 10(19), pp. 149-162.
- (2018): «La acogida en España de los niños refugiados», en José Manuel Velasco Retamosa (dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 171-193.
- LÁZARO GÓNZALEZ, Isabel, y Pablo Benlloch Sanz (2010): «Capítulo XVI. Ciudadanía e integración: menores no acompañados, trata de seres humanos y víctimas de violencia de género», en Alberto Palomar Olmeda (coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales. Tomo II*, Cizur Menor, Aranzadi, capítulos 16, 18, pp. 67-71.
- LAZCANO BROTONS, Iñigo (2015): «Comentario al artículo 1. Prohibición de la discriminación del Protocolo nº 12 al Convenio», en Iñaki Lasagabaster Herrarte (coord.), *Convenio europeo de derechos humanos. Comentario sistemático*, Civitas, pp. 1041-1050.
- LAVRYSEN, Laurens (2015): «Strengthening the protection of human rights of persons living in poverty under the ECHR», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33(3), pp. 293-325. doi: <https://doi.org/10.1177/016934411503300303>
- LECIÑERA IBARRA, Ascensión (2016): «La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del artículo 303 CC por Ley 26/2015, 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista de derecho de familia*, núm. 73, pp. 91-110.
- LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela (2017): «Capítulo V. La tutela», en *Protección jurídica del menor*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 127-130.
- LESCANO FERIA, Patricia A. (2016): «Guarda de hecho y responsabilidad civil» (tesis doctoral, Universidad de Oviedo).
- LEVINE, Carol et al. (2004): «The limitations of ‘vulnerability’ as a protection for human research Participants», *American Journal of Bioethics*, vol. 4(3), pp. 44-49. doi: <https://doi.org/10.1080/15265160490497083>
- LIEBEL, Manfred (2011): «Sobre la historia de los derechos de la infancia», en *Infancia y derechos humanos: hacia una ciudadanía participante y protagonista*, Lima, Ifejant, pp. 23-40.
- (2015): «Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, vol. 49, pp. 43-61. doi: <https://doi.org/10.30827/acfs.v49i0.3277>

- LLELIOTT, Joseph (2017): «Smuggled and Trafficked Unaccompanied Minors: Towards a Coherent, Protection-Based Approach in International Law», *International Journal of Refugee Law*, vol. 29(2), pp. 238-269.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (2012): «El debido proceso en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, núm. 4, pp. 241-288.
- LLOVERAS, Nora, y Olga Orlandi (dirs.) (2014): *Violencia y vulnerabilidad: abordaje transversal y multidisciplinario de las intervenciones*, Córdoba, Alveroni Ediciones.
- LOCKE, John (2000): *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Tecnos.
- LÓPEZ, Igor (2013): «Democracia más allá del estado nación: entre la gobernanza y el retorno de lo político» (ponencia presentada en el grupo de trabajo 29, gobernanza global, VII Congreso español de ciencia política y de la Administración, democracia y buen gobierno, Senplades, pp. 33-49).
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (1997): *Las Transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, México D. F., Universidad Nacional de México.
- LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, Alicia (2013): «La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados», *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. 21, pp. 165-170.
- LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (2013a): «Alcance del Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado: la obligación positiva de no dejarle en desamparo», *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 32, pp. 481-497.
- (2013b): «La necesidad de un Protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados», *Revista de derecho comunitario europeo*, núm. 12, pp. 1061-1090.
- (2014): «Detención de menores extranjeros no acompañados en Europa: La necesidad de garantizar efectivamente los derechos ya reconocidos», *REMHU*, núm. 42, pp. 63-80.
- LUNA, Florencia (2008): «Vulnerabilidad: la metáfora de las capas», *Jurisprudencia Argentina*, vol. 4(1), pp. 60-67.
- (2009a): «La declaración de la UNESCO y la vulnerabilidad: la importancia de la metáfora de las capas», en María Casado (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos UNESCO*, Pamplona, Thomson Reuters, pp. 255-266.
- (2009b): «Elucidating the concept of vulnerability», *The international Journal of feminist approaches to bioethics*, vol. 2(1), pp. 121-138.
- (2011): «Vulnerabilidad: un concepto muy útil. Abandonando los ‘corsets teóricos’: Respuesta a ‘Vulnerabilidad: ¿un principio fútil o útil en la ética de la asistencia sanitaria?’», *Revista Redbioética/UNESCO*, vol. 2(4), pp. 85-90.
- LUQUE BRAZÁN, José Carlos (2006): «De la Ciudadanía Nacional a la Ciudadanía Postnacional: Globalización, Derechos Humanos y Multiculturalismo», *Fusda*, pp. 111-122.

- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo, y Gema García Hernández (2014): «IV. La protección de derechos fundamentales concretos», en Consuelo Madrigal Martínez-Pereda (coord.), *El fiscal y la protección jurídica de los menores de edad. Guía práctica*, Valladolid, Fundación Aranzadi Lex Nova, pp. 79-116.
- MAGALLANES, Catalina ((2015): «Más allá de la vulnerabilidad de las mujeres», en Fernando Arlettaz y M^a Teresa Palacios Sanabria (coords.), *Reflexiones en torno a Derechos Humanos y grupos vulnerables*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, pp. 188-214.
- (2016): «Movilidad Migratoria en Latinoamérica y Derechos Humanos, Evolución de la Normativa Migratoria en la Región», en *Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, Organización de los Estados Americanos, pp. 107-122.
- MAGGIE, Black (1993): *Street and working children*, Innocenti global seminar, Summary report, Florencia, Unicef.
- MARQUEZ ARGUETA, Eva Angelina, Sandra Beatriz Vasquez Ponce y Yamileth Gabriela Salazar Pineda (2003): «Los derechos laborales de los menores» (trabajo de fin de grado, Universidad Francisco Gavidia).
- MARSHALL, Dominique (1999): «The construction of children as an object of international relations: The Declaration of Children's Rights and the Child, Welfare Committee of League of Nations, 1900-1924», *The International Journal of Children's Rights*, núm. 7, pp. 103-147.
- MARSHALL Thomas Humphrey, y Tom Bottomore (1998): *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza.
- MARTÍN CONTY, Ignacio (2018): «Marco jurídico de protección de los menores extranjeros en España», en José Manuel Velasco Retamosa (dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 219-236.
- MARTÍNEZ, Graciela, Salvador David Cobo y Juan Carlos Narváez (2015): «Trazando rutas de la migración de tránsito irregular o no documentada por México», *Perfiles Latinoamericanos*, vol. 23(45), pp. 127-155.
- MARTÍNEZ, Laura Victoria (2014): «Niñez, migración y derechos: aportes para un abordaje antropológico», *Revista Sociedad y Equidad*, núm. 6, pp. 237-257.
- MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio (2017): *Menores extranjeros no acompañados y sus derechos*, Editores Experiencia.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita et al. (2015): «Rechazos en frontera: ¿Fronteras sin derechos?» (documento de trabajo, informe jurídico, inédito).
- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑÍS, José Luis (2000): «La familia en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, pp. 11-43.
- MARTÍNEZ MATEO, Carlos José (2019): «La tutela garantista de los MENA en la UE», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 50, pp. 83-106.
- MASSON, Bénédicte (2007): «Un enfant n'est pas un étranger comme les autres», *Revue Trimestrielle Des droits de L'homme*, núm. 71, pp. 823-835.
- MAYALL, Berry (2002): *Towards a Sociology for Childhood. Thinking from Children's Lives*, United Kingdom, Open University/Press-McGraw-Hill Education.

- MEDEIROS FERREIRA, Erinalva (1996): «La (Con)figuración de la violencia. El lado oscuro de los derechos humanos» (tesis doctoral, Universidad de Granada).
- MERCADO PACHECO, Pedro (2005): «Estado y globalización: ¿crisis o redefinición del espacio político estatal?», *Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, pp. 127-150.
- MESA, Manuela (2006): «Globalización, ciudadanía y derechos: la ciudad multicultural», *Papeles*, núm. 95, pp. 11-21.
- MONEREO ATIENZA, Cristina (2018), «Vulnerabilidad y solidaridad: una concreción de la dignidad», *AFD*, vol. 34, pp. 375-402.
- MONTERROSA AGUILAR, Liliana Marisol, Yanci Johanna Orellana Peña y Ivith Alexandra Rivera Rodríguez (2012): «Como el sistema de protección integral de derechos de la niñez y adolescencia efectiviza los derechos de los niños(as) y adolescentes a partir de la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia en el municipio de San Salvador» (trabajo de graduación, licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador).
- MONTGOMERY, Heather, Rachel Burr y Martin Woodhead (2003): «*Changing Childhoods: Local and Global*», Chichester, Wiley/Open University.
- MOOSA-MITHA, Mehmoona (2005): «A difference-centred alternative to theorization of children's citizenship rights», *Citizenship Studies*, vol. 9(4), pp. 369-388.
- MORETÓN SANZ, M^a Fernanda (2016): «Las declaraciones de situación de riesgo y desamparo en la nueva regulación estatal», en Vicente José Cabedo Mallol e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 249-272.
- MORGADES GIL, Silvia (2015): «La política de asilo en España en el contexto europeo: cambios recientes y perspectivas de desarrollo», *Anuario CIDOB de la Inmigración* [en línea], pp. 225-248.
- MOYA ESCUDERO, Mercedes (2012): «La libertad de circulación en Europa: los nuevos estatutos personales», en Carlos Esplugues Mota, Guillermo Palao Moreno y Manuel Alejandro Penadés Fons (coords.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 661-676.
- (2014): «La seguridad y el control: fundamento de las desigualdades en Europa», en Isabel Reig Fabado (dir.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 187-212.
- MUGÜERZA, Javier (1989): «La alternativa del disenso», en *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 19-56.
- MURILLO GÓNZALEZ, Juan Carlos (2006): «Retos Contemporáneos de la Protección Internacional de Refugiados», en *Curso de Derecho Internacional*, OEA, pp. 279-292.
- (2008a): «Forced displacement in the Americas and its impact on regional migrations», *Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*, núm. 31, pp. 165-178.
- (2008b): «La protección internacional de los refugiados en el continente americano: nuevos desarrollos», en *Curso de Derecho Internacional*, OEA, pp. 351-370.

- MUSTANIEMI-LAAKSO, Maija et al. (2016): «Introduction», en *The protection of vulnerable individuals in the context of EU policies on border checks, asylum and immigration*, Frame, pp. 1-29.
- NADAKAVUKAREN SCHEFER, Krista (2017): «The Ultimate Social (or is it Economic?). Vulnerability: Poverty in European Law», en Francesca Ippolito y Sara Iglesias Sánchez (eds.), *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Oxford, Hart Publishing, pp. 401-427.
- NEALE, Bren (2002): «Dialogues with children: children, divorce and citizenship», *Childhood*, vol. 9(4), pp. 455-475.
- NIETO MARTÍN, Adán (2016): «Global law y las empresas multinacionales: estrategias para la protección de bienes jurídicos globales», en *El comportamiento ético en la economía y sociedad*, Asociación Alexander von Humboldt de España, pp. 79-110.
- (2017): «Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿Cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?», en Montserrat de Hoyos Sancho (coord.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Cizur Menor, Thompson Reuters Aranzadi, pp. 315-330.
- NIETO ROALES-NIETO, Consuelo (2017): «Los derechos fundamentales de los extranjeros en el constitucionalismo contemporáneo» (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid).
- OCAMPO, Angélica María (2011): «Ciudadanía juvenil, juventud y Estado: Discursos de gobierno sobre sus significados», *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 1(9), pp. 287-303.
- OCÓN DOMINGO, José (2006): «Normativa internacional de protección de la infancia», *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 19, pp. 113-131.
- O'DONNELL, Rebeca, y Jyothi Kanics (2016): «Los menores separados de sus familias y no acompañados en la UE», *Revista de Migraciones Forzosas*, núm. 51, pp. 73-75.
- OLEA RODRÍGUEZ, Helena María (2016): «Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, pp. 249-272.
- OLIVAS CABANILLAS, Enrique (2012): «La teoría hegeliana de la sociedad civil: la primera crítica contemporánea a la concepción liberal de la sociedad», *Nómadias. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 33, pp. 443-460.
- OLSON, Eric (2016): «Respuestas de Estados Unidos a la crisis de los niños migrantes centroamericanos», *Análisis*, núm. 8, pp. 1-12.
- ONGHENA, Yolanda (2015): «¿Migrantes o refugiados?», *Opinión*, núm. 355, pp. 1-14.
- ORDÓÑEZ REYNA, Aylin Brizeida (2010): «Régimen constitucional de los Tratados Internacionales en Centroamérica» (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona).
- ORELLANA, Carlos (2014): «Migración irregular de niños y niñas: ejercicio y búsqueda de ciudadanía desde la invisibilidad. El Salvador», *Estudios Centroamericanos ECA*, vol. 69(739), pp. 345-374.

- ORTEGA VELASQUEZ, Elisa (2015): «Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección», *Boletín Mexicano de derecho comparado*, núm. 142, pp. 185-221.
- OUBIÑA BARBOLLA, Sabela (2016): «Dilaciones indebidas», *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 10, pp. 250-264.
- PALACIOS SANABRIA, M^a Teresa (2015): «Los derechos de los trabajadores migrantes: ¿un problema de igualdad formal?», en Fernando Arlettaz y M^a Teresa Palacios Sanabria (coords.), *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, pp. 35-65.
- PARADA BARRERA, Claudia Sofía (2009): «Hacia un nuevo concepto de ciudadanía global», *Via Iuris*, núm. 7, pp. 98-111.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles (2015): *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio (2007): «La protección jurisdiccional de los derechos humanos: una comparación entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana», *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 1(1), pp. 5-13.
- PAVEZ SOTO, Iskra (2012): «Sociología de la infancia: las niñas y los niños como actores sociales», *Revista de Sociología*, núm. 27, pp. 81-102.
- (2013): «Los significados de ser «niña y niño migrante»: conceptualizaciones desde la infancia peruana en Chile», *Polis, Revista Latinoamericana*, núm. 35, pp. 1-23.
- PERAZZO ARAGONESES, Catalina, y Jennifer Zuppiroli (2018): *Los más solos. Los fallos en el sistema de acogida, protección, e integración de los menores inmigrantes no acompañados que llegan a España*, Save the Children España.
- PERETTE, Carlos José (2011): «La constitución multicultural, el estado de derecho y la flexibilización de las formas jurídicas. Breve reseña de la justicia indígena del pueblo Chibuleo en Ecuador», *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 5, pp. 3-29.
- PÉREZ, Jaime Jesús (1998): «El niño como sujeto social de derechos: una visión del niño para leer la Convención», en *La participación de los niños y adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño: visiones y perspectivas*, Actas del seminario Bogotá, Unicef, pp. 45 y 46.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen (2012): *Migraciones irregulares y Derecho internacional*, Monografías, 791, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1988): «Dignidad, libertad e igualdad de la persona y derechos humanos», en Víctor Manuel Moreno Catena (coord.), *Problemas actuales de la Justicia: homenaje al profesor Gutiérrez-Alviz y Armario*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 831-840.
- (2010): «La filosofía del derecho como tarea: cuestiones y trayectorias de investigación», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, pp. 560-564.
- PÉREZ RIVAS, Diego Alfredo (2013): *De derechos: humanos, naturales, fundamentales, y de gentes*, Biblioteca virtual eumed.net, Fundación Universitaria Andaluza Inca Garcilaso.

- PÉREZ ROYO, Javier (2016): «Lección 10ª. La definición de los derechos como derechos fundamentales», en Javier Pérez Royo y Manuel Carrasco Durán (coords.), *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, pp. 181-209.
- PÉREZ VAQUERO, Carlos (2015): «La Opinión consultiva de la Corte Interamericana sobre los derechos y garantías de los niños migrantes (OC-21/14)», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 39, pp. 17-39.
- PERONI, Lourdes, y Alexandra Timmer (2013): «Vulnerable groups: the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11(4), pp. 1056-1085.
- PRATS I CATALÀ, Joan (2001): «Capítulo III Gobernabilidad y globalización», en *Democracia en déficit: Gobernabilidad en desarrollo en América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo.
- PUERTA VÍLCHEZ, José Miguel ((2012): «Capítulo VII, Víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual: protección desde la normativa de extranjería», en Ángeles Lara Aguado (dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Editorial Civitas, pp. 218-220.
- (2017): «Capítulo 10 régimen jurídico de los menores», en Blas Jesús, Imbroda Ortiz y Carmen Ruiz Sutil (coords.), *Memento extranjería*, Madrid, Redacción de Francis Lefebvre, pp. 2800-2999.
- QUESADA, Fernando (2008): *Ciudad y ciudadanía: senderos contemporáneos de la filosofía política*, Madrid, Trotta.
- QUIJANO, Aníbal (2000): «Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina», en Edgardo Lander (coord.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*, CLACSO, pp. 201-246.
- QUINTEROS, Carolina (2011): «Trabajo, identidad, y ciudadanía», *Revista Realidad*, núm. 128, pp. 261-284.
- QUISPE REMÓN, Florabel (2009): «Evolución normativa de la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano», *Revista Electrónica Iberoamericana*, núm. 2, pp. 147-181.
- QVORTRUP, Jens (1999): «Childhood and societal macrostructures: Childhood exclusion by-default», *Working Paper 9. Child and Youth Culture*, pp. 3-37.
- (2003): *Childhood and Children's Culture*, University Press of Southern Denmark.
- (2014): «Sociology: Societal Structure, Development of Childhood, and the Well-Being of Children», en Asher Ben-Arieh et al. (eds.), *Handbook of Child Well-Being: Theories, methods and policies in global perspective*, Ámsterdam, Springer, pp. 663-707.
- RAMÍREZ FERNÁNDEZ, Ángeles, y Mercedes Jiménez Álvarez (2005): «El control de fronteras como objetivo prioritario en las relaciones hispano-marroquíes», en Ángeles Ramírez Fernández y Mercedes Jiménez Álvarez (coords.), *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, Madrid, Akal, pp. 16-21.
- RAMIRO, Julia (2016): «Los derechos de los niños en las políticas españolas para la infancia», *Revista de derecho político*, núm. 95, pp. 128-130.

- RAMOS, Elsa (2014): «Niñas, niños, adolescentes y mujeres en la ruta del migrante», Colección Investigaciones, San Salvador, Universidad Tecnológica de El Salvador.
- (2015): «No hay nada que detenga la migración, mientras no se solucionen las causas estructurales que la generan», *Revista Entorno*, núm. 60, pp. 7-9.
- RECASENS, Mireia (2018): «No es fácil ser menor extranjero no acompañado en España», *Elperiodico*, 21 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20180221/no-es-facil-ser-menor-extranjero-no-acompanado-en-espana-6639910> [consultado a 1 de marzo].
- REINARES, Fernando, y Carola García-Calvo (2016): *Estado Islámico en España*, Madrid, Real Instituto Elcano.
- RELAÑO PASTOR, Eugenia (2014): «Capítulo 10. La protección de las víctimas de trata: un impulso desde el defensor del pueblo», en Carmen Pérez González (ed.), *Derecho Internacional y protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 306-313.
- REQUEJO ISIDRO, Marta (2017): «La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre estado competente y estado responsable», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9(2), pp. 484-505.
- RIBAS MATEOS, Natalia (2005): «Globalización y movimientos migratorios», en Ángeles Ramírez Fernández y Mercedes Jiménez Álvarez (coords.), *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, Madrid, Akal pp. 27-55.
- RIQUELME CORTADO, Rosa (2014): «Entrada en vigor de los Protocolos Facultativos del Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales y de la Convención sobre los Derechos del niño relativos a un Procedimiento de Comunicaciones», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 66(2), pp. 11-48.
- RIVAS VALLEJO, Pilar (2010): «Perspectivas sociolaboral y de género en la inmigración de menores», en Vicente Cabedol Mallol et al. (dirs.), *La situación de los menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 371-393.
- ROCHE, Jeremy (1999): «Children: Rights, participation and citizenship», *Childhood*, vol. 6(4), pp. 475-493.
- RODOTÁ, Stefano (2014): *El derecho a tener derechos*, Madrid, Trotta.
- RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (2000): «Capítulo III. La protección de los menores extranjeros en la comunidad autónoma de Andalucía», en *La protección del menor en Andalucía. Tres estudios sobre la Ley Andaluza de los Derechos y la Atención al Menor*, Granda, Comares, pp. 105-162.
- (2009): «La eficacia de la kafala ante el ordenamiento español», en *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAPP, pp. 127-155.
- ROSEMBLUM, Marc, Isabel Ball (2016): «Trends in Unaccompanied Child and Family Migration from Central America», *Migration Policy Institute. Fact Sheet* (january).
- ROVETTA KLYVER, Fernando (2009): «Del Ius migrandi, su asimetría y su carácter forzoso», en Jesús Dima Torrado (coord.), *Derechos, Estado, mercado. Europa y América Latina*, Madrid, Dilex, pp. 347-361.

- RUANOS ALBERTOS, Sara (2001): *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- RUBIO CASTRO, Ana (1996): «Autonomía y ciudadanía para las mujeres», *Meridiana*, núm. 2, pp. 24-25.
- (1997a): *Feminismo y ciudadanía*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer.
- (1997b): «Una nueva política y un nuevo sujeto: las mujeres», *Crítica*, núm. 850, pp. 31-33.
- (2000): «Ciudadanía y participación política de las mujeres en España», en Daniela Heim y Encarna Bodelón (coords.), *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, pp. 335-356.
- (2017a): «Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja», en María Casado (coord.), *De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Barcelona, Universitat de Barcelona, pp. 65-96.
- (2017b): «Los retos actuales del pensamiento jurídico político», *Derecho & Sociedad*, núm. 48, pp. 193-209.
- RUBIO CASTRO, Ana, y Mercedes Moya Escudero (2003): «Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 37, pp. 105-153.
- (2011): «La ciudadanía en Europa y el fenómeno migratorio: nuevas desigualdades y servidumbres voluntarias», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 45, pp. 183-227.
- RÜBNER JØRGENSEN, Clara (2017): «The problem is that I don't know'-Agency and life projects of transnational migrant children and young people in England and Spain», *Childhood*, núm. 1, pp. 21-35.
- RUÍZ LEGAZPI, Ana (2010): «La Expulsión de menores extranjeros: límites constitucionales» (tesis doctoral, Universidad de Valladolid).
- RUÍZ-RICO, Juan José, y Manuel Contreras (1996): «Comentario al artículo 48, participación de la juventud», en Oscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo IV, Madrid, Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, pp. 15-41.
- RUÍZ-RICO RUÍZ, José Manuel, y M^a José García Alguacil (2004): *La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- RUÍZ-RICO RUÍZ MORÓN, Julia (2017): «Capítulo 17. El sistema tutelar», en Francisco Javier Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 325-328.
- RUÍZ SANZ, Mario (2015): «Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones», *Derechos y Libertades, Época II*, núm. 35, pp. 79-105.
- RUÍZ SUTIL, Carmen (2015): «La técnica legal del 'hilo de Ariadna' en la protección internacional para la esclava de trata», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 7(2), pp. 320-344.

- SAAVEDRA, Modesto (2002): «La universalidad de los derechos humanos en un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas», en *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 239-276.
- SAGBERG, Sturla (2017): «Taking a children's rights perspective on children's spirituality», *International Journal of Children's Spirituality*, vol. 24, pp. 24-35.
- SAGHIR, Tijaniya (2011): «Regulación de la kafala en el derecho marroquí», en Julio V. Gavidia Sánchez (coord.), *Inmigración, familia y derecho*, Madrid, Marcial Pons, pp. 315-334.
- SALADO OSUNA, Ana (2004): *Textos Básicos de Naciones Unidas relativos a derechos humanos y estudio preliminar*, Sevilla, Universidad de Sevilla, pp. 245-254.
- SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón (2018): «La protección de la vulnerabilidad desde la dignidad y la responsabilidad», en José Antonio Cobacho Gómez et al. (dirs.), *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*, Pamplona, Aranzadi, pp. 47-65.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen (2017): *El sistema de protección a la infancia y adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ BEATO, Estefanía Jerónimo (2006): *Metodología de la investigación documental. Técnicas para la elaboración de una tesis doctoral en Derecho*, Málaga, Junta de Distrito núm. 3, Ciudad Jardín.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a Ángeles (2012): «Protección de los menores extranjeros no acompañados (MENA) y su situación tras el acceso a la mayoría de edad», *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 8, pp. 173-210.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (2018): «Menores extranjeros en España: últimas reformas y perspectivas de futuro», en José Manuel Velasco Retamosa (dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SANDOVAL, Rosales, e Ismael Rommell (2010): «Derechos fundamentales y derecho comunitario centroamericano», Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de El Salvador.
- SANDOVAL MANTILLA, Alexandra (2015): «Una nueva doctrina para entender los derechos de las niñas, niños, y adolescentes en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana», en Milena E. Martínez Garza y Fernando Elizondo García (eds.), *La protección de los grupos en situación de vulnerabilidad en el sistema interamericano de los derechos humanos*, Monterrey (México), Universidad Autónoma de Nuevo León, pp. 41-55.
- SANTANA TRUJILLO, Santiago (2015): «La construcción del principio jurídico de no discriminación» (tesis doctoral, Universidad Las Palmas de Gran Canarias).
- SANTIAGO JUÁREZ, Rodrigo (2010): «El concepto de ciudadanía en el comunitarismo», *Revista Mexicana de derecho constitucional*, núm. 23, pp. 153-174.
- SASSEN, Saskia (2001): *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Barcelona, Bellaterra.
- (2015): *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*, Buenos Aires, Katz Editores.

- SCHÖMANN, Isabelle (2017): «Article 7. The Right of Children and Young Persons to Protection», en *The European Social Charter and the employment relation*, Oxford, Hart Publishing, pp. 289-306.
- SEGOVIANO REVILLA, Leonor (2014): «La vida familiar de los extranjeros: el derecho y la integración» (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid).
- SENOVILLA HERNÁNDEZ, Daniel (2007): *Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Bruselas, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil (OIJJ).
- (2011): «El plan de acción (2010-2014) de la Comisión Europea: ¿Un verdadero avance de las políticas comunitarias relativas a los menores no acompañados?», *Revista Mugak*, núm. 56.
- SERRA, María Laura (2011): «La migración y los derechos del niño», *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gio»*, vol. 5, pp. 228-243.
- SERRANO MORENO, José Luis (2009): «Constitución sin patria: universalidad, ciudadanía y nacionalidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 43, pp. 285-298.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía (2017): «La regionalización de un efecto negativo de la globalización: La trata de seres humanos de Europa a España», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 46, pp. 99-120.
- (2019a): «Acceso a la nacionalidad salvadoreña y jerarquía de nacionales: una mirada desde España», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 50, pp. 107-138.
- (2019b): «Un análisis histórico-jurídico de los múltiples regímenes de extranjería y nacionalidad vigentes en El Salvador», *Revista Derecho PUCP*, núm. 82, pp. 315-346.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía, y Alejandro López Cano (2015): «Un estudio comparado de la ciber-regulación en el siglo XXI: ¿Realidades nacionales, regionales o internacionales?», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 39, pp. 61-98.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía, y Candela Villegas (2018): «La niñez migrante no acompañada: uno de los principales grupos vulnerables en un mundo globalizado. Un análisis jurídico comparado entre Argentina, España y El Salvador», en *Diálogos de Agenda Internacional. Una Perspectiva Federal. Libro de trabajos en extenso*, CEIC, pp. 325-329.
- SMITH, Ciara (2014): *European Asylum Law and the Rights of the Child*, Oxford, Routledge.
- (2015): «The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle?», *European Journal of Migration and Law*, vol. 17(1), pp. 70-103.
- SMITH, Megan Denise (2016): «Repensar el género en el régimen internacional de los refugiados», *Revista Migraciones Forzosas*, núm. 53, pp. 65-66.
- SOLANES CORELLA, Ángeles (2014): «Vulnerabilidad y derechos de los migrantes», en María del Carmen Barranco Avilés, Cristina Churruza Muguruza y Patricia Cuenca Gómez (eds.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 187-220.
- (2016): «Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros: normativa, realidad, y alternativas», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 19, pp. 37-76.

- (2017a): «Acomodo razonable en Canadá y discriminación indirecta en Europa como garantía del principio de igualdad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, pp. 305-333.
- (2017b): «Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones «en caliente»», *CEFD*, núm. 36, pp. 195-225.
- SOLANES CORELLA, Ángeles, y Encarnación La Spina (2015): «Construyendo ciudadanía inclusiva y movimientos sociales de participación desde España e Italia: una perspectiva comparada», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 144, pp. 1119-1154.
- SOMMA, Alessandro (2015): *Introducción al derecho comparado*, Serie Historia del Derecho, 93, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.
- SOTO MOYA, Mercedes (2008): «La libertad de circulación de personas como concepto ambivalente», *Revista española de derecho internacional*, vol. 60(1), pp. 163-178.
- (2011): «Artículo 17. Familiares reagrupables», en Faustino Cavas Martínez (dir.), *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 280-299.
- SOYSAL, Yasemin Nuhoglu (1994): *Limits of citizenship: migrants and postnational membership in Europe*, Chicago, University of Chicago Press.
- STOYANOVA, Vladislava (2012): «Dancing on the borders of article 4: human trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev case», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 30(2), pp. 163-194.
- SUÁREZ NAVAS, Liliana, y Mercedes Jiménez Álvarez (2011): «Menores en el campo migratorio transnacional. Los niños del centro (Drari d'sentro)», *Papers*, vol. 96(1), pp. 11-33.
- TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes (2017): «Capítulo VI. Guarda, acogimiento y desamparo de menores», en Mari Paz Pous de la Flor y Lourdes Tejedor Muñoz (dirs.), *Protección jurídica del menor*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 152-164.
- TIMMER, Alexandra (2013): «A quiet revolution: vulnerability in the European Court of Human Rights», en Martha Albertson Fineman y Anna Grear (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham, Asghate, pp. 147-170.
- TODOROV, Tzvetan (1998): *La conquista de América. El problema del otro*, Madrid, Siglo XXI.
- TORRES ROSELL, Nuria, y Carolina Villacampa Estiarte (2017): «Protección jurídica y asistencia para víctimas de trata de seres humanos», *Revista general de derecho penal*, núm. 27.
- TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar (2010): «Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los Menores extranjeros separados o no acompañados», en Francisco Aldecoa Lúzarraga et al. (dirs.), *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la*

- Declaración Universal de los Derechos del niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del niño*, Madrid, Marcial Pons, pp. 239-274.
- (2012): «El ordenamiento jurídico internacional como marco esencial de protección de los menores extranjeros no acompañados: su recepción y aplicación en España», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Migraciones Internacionales*, 100 bis, pp. 56-59.
- (2016): «La protección jurídico internacional de los menores refugiados separados o no acompañados. Especial consideración del derecho europeo», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 43, pp. 83-108.
- TURNER, Bryan (2006): «Classical sociology and cosmopolitanism: a critical defense of the social», *The British Journal of Sociology*, núm. 57, pp. 133-151.
- Universidad de Sevilla (1928): *Tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes*, Instituto Iberoamericano de derecho comparado, Madrid, Imprenta Clásica.
- URCUYO FOURNIER, Constantino (1999): *Ciudadanía*, Documentos de Trabajo de Ciapa, 11, San Salvador, Ciapa.
- VALLESPÍN, Fernando (2007): *Globalización: civilizaciones y diálogo intercultural*, Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- VALTOLINA, Giovanni Giulio (2017): «Migrant children and resilience», *Studi Emigrazione*, vol. 205, pp. 41-48.
- VAN ALEBEEK, Rosanne, y Andre Nollkaemper (2012): «The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law», en *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 356-425.
- VEERMAN, Philip (1992): *The Rights of the Child and the changing image of the childhood*, Ámsterdam, Martinus Nijhoff.
- VEGA, Jesús (2014): «La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 29, pp. 113-144.
- VELASCO RETAMOSA, José Manuel (2018): «La protección de menores extranjeros en la Unión Europea: situación actual y desafíos de futuro», en José Manuel Velasco Retamosa (dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 88-90.
- VELTMAN, Andrea, y Mark Piper (2014): *Autonomy, Oppression and Gender*, Oxford, Oxford University Press.
- VERHELLEN, Eugène (1993): «Children's Rights in Europe», *The International Journal of Children's Rights*, vol. 1(3-4), pp. 357-376.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (2010): «Inmigración y derechos de la infancia desde una perspectiva global», en Vicente Cabedol Mallol et al. (dirs.), *La situación de los menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 65-94.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, e Isaac Ravetllat Ballesté (coords.) (2015): *Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Reivindicaciones internacionales de niños, niñas y adolescentes*, Barcelona, Huygens.

- VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth (2010): «La problemática migratoria en las Américas», en *XXXVII Curso de Derecho Internacional*, OEA, pp. 305-326.
- (2014): «Migración, asilo y refugio», *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 14(14), pp. 33-43.
- VINAIXA MIQUEL, Mónica (2019): «La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11(1), pp. 571-602.
- WALKER, Dorothy Jean (1981): «Statelessness: Violation or Conduit for Violation of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, núm. 1, pp. 106-123.
- WARRIA, Ajwang, Hanna Nel y Jean Triegaardt (2015): «Challenges in identification of child victims of transnational trafficking», *Practice, Social Work in Action*, pp. 1-19.
- WEISNER, Thomas S. (2014): «Culture, context, and child well-being», en Asher Ben-Arieh et al. (eds.), *Handbook of Child Well-Being: Theories, methods and policies in global perspective*, Ámsterdam, Springer, pp. 87-103.
- WILLIAN, Angel D. (ed.) (2015): *The International Law of Young Rights*, vol. 1, 2ª ed. revisada, Leiden-Boston, Brill Nijhoff.
- WOODHEAD, Martin (2014): «Psychology and the cultural construction of children's needs», en Allison James y Alan Proust (eds.), *Constructing and reconstructing childhood. Contemporary issues in the sociological study of childhood*, Routledge, pp. 63-77.
- YOUNG, Iris Marion (2000): *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Taurus.
- (2011): *Responsibility for Justice*, Oxford, Oxford University Press.
- ZAPATA-BARRERO, Ricard (2009): *Fundamentos de los discursos políticos en torno a la inmigración*, Madrid, Trotta.
- ZERBINI RIBEIRO LEÃO, Renato (2008): «Los derechos económicos, sociales y culturales en Europa y América: Un estudio a partir de la construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos» (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid).
- ZIZEK, Slavoj (2016): *La nueva lucha de clases. Los refugiados y el terror*, Barcelona, Anagrama.
- ZUKAUSKIENE, Rita (2014): «Adolescence and well-being», en Asher Ben-Arieh et al. (eds.), *Handbook of Child Well-Being: Theories, methods and policies in global perspective*, Ámsterdam, Springer, pp. 175-177.

INFORMES Y OTROS DOCUMENTOS

De asociaciones, federaciones, y organismos no gubernamentales

- American Immigration Council

American Immigration Council (2017): *The Dream Act, DACA, and Other Policies Designed to Protect Dreamers*.

- Amnistía Internacional

Amnistía Internacional (2016): *¿Hogar dulce hogar? El papel de Honduras, Guatemala y El Salvador en la creciente crisis de refugiados.*

- Bienvenidos Refugiados España

Bienvenidos Refugiados España (2017): *Informe sobre la situación de los menores no acompañados en Melilla.*

- Cear

Cear (2013): *Maras en Centroamérica y México (Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, El Salvador).*

Cear (2017a): *Refugiados y migrantes en España: los muros invisibles tras la frontera sur.*

Cear (2017b): *Italia: la ruta más mortal hacia la fortaleza Europa.*

- Ecre

Ecre. Save the children (2011): *Comparative Study on Practices in the Field of Return of Minors.*

- Fepa

Fepa (2013): *La emancipación de jóvenes tutelados y ex tutelados en España. Primera aproximación a los servicios de emancipación en los distintos territorios.*

- Missing Children Europe

Missing Children Europe (2017): *Lost in migration. Working together in protecting children from disappearance. Background, speeches, and conference conclusions.*

- Save the Children

Save the Children (2016): *Infancias invisibles. Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata, y refugiados en España.*

Save the Children (2017): *Infancias robadas.*

Save the Children (2018): *Guida per i tutori volontari dei minori stranieri non accompagnati.*

De Organizaciones regionales e internacionales

- Consejo de Europa

Consejo de Europa. Asamblea Parlamentaria (2014): *Migrant children: what rights at 18?, Report.*

Consejo de Europa (2017): *Realising the right to family reunification of refugees in Europe*.
 Consejo de Europa (2018): «Unaccompanied refugee children: the role and responsibilities of local and regional authorities», report, CG34(2018)13final.

- Conferencia de la Haya

Conferencia de la Haya (2014): *Manual práctico sobre el funcionamiento de la Haya de 1996 sobre protección de niños*.

- ONU

ONU (2006): *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, sobre su misión a El Salvador*.

ONU. Acnudh (2018): *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*.

ONU. Acnudh (2017): *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes sobre una agenda 2035 para facilitar la movilidad humana*.

ONU. Acnur (2011): «Definición ampliada de refugiado en América Latina. Incorporación de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en la legislación de los países de la región» en *La protección internacional de Refugiados en las Américas*, pp. 376-377.

ONU. Acnur (2015a): *Niñez y migración en Centro y Norteamérica: causas, políticas, prácticas y desafíos*.

ONU. Acnur (2015b): *Governance and Policy Coordination. The case of Birth Registration in Ghana*.

ONU. Acnur (2016a): *Directrices de elegibilidad para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo procedentes de El Salvador*.

ONU. Acnur (2016b): *Identificar y abordar la vulnerabilidad: una herramienta para sistemas de asilo y migración*.

ONU. Acnur (2017): *El asilo es de todos. Movimientos forzados de población y solidaridad internacional*.

ONU. AGNU (2010): *Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General. Study of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on challenges and best practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration*.

ONU. AGNU (2015): *Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños*.

ONU. AGNU (2016): *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, A/71/303*.

ONU. Cepal et al. (2010): *Pobreza infantil en América Latina y el Caribe*.

ONU. Cepal. (2011): «Capítulo V, Marcos institucionales, normativos, y de políticas sobre migración internacional: el caso de El Salvador y una exploración en Costa

Rica y el Caribe» en *Migración Internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques*.

ONU. Cepal (2017): *Informe 2017: Las personas refugiadas en España y en Europa*.

ONU. Departamento de asuntos económicos y sociales (2013): *World Population Policies*.

ONU. ONU Mujeres (2016): *Comunicado sobre los Derechos de las Mujeres y Niñas migrantes y refugiadas. Cumbre de Naciones Unidas sobre personas migrantes y refugiadas*.

ONU. Unicef (2006): *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*, 2006.

ONU. Unicef (2013): *Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y en el Caribe. Solicitud de Opinión consultiva sobre Niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

ONU. Unicef (2014a): *Vulnerabilidad y exclusión en la infancia. Hacia un sistema de información temprana sobre la infancia en exclusión*, Cuadernos para el Debate, núm. 3, Huygen editorial.

ONU. Unicef et al. (2014b): *Manual sobre estándares internacionales de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes*.

ONU. Unicef (2015): *Una mirada a las familias salvadoreñas: sus transformaciones y desafíos desde la óptica de las políticas sociales con enfoque hacia la niñez*.

ONU. Unicef (2016a): *Estado mundial de la infancia. Una oportunidad para cada niño*.

ONU. Unicef (2016b): *Estudio sobre el sistema de acogida de personas refugiadas en España desde la perspectiva de derechos de la infancia*.

ONU. Unicef (2017a): *Children of Austerity. Impact of the great recession on child poverty in rich countries*, Oxford University Press.

ONU. Unicef (2017b): *Ante todo, son niños: proteger a los niños y a las niñas en tránsito contra la violencia, el abuso y la explotación*, Resumen ejecutivo, 2017.

- OEA

OEA. Comité jurídico interamericano. «Opinión del Comité Jurídico Interamericano sobre la Directiva de Retorno aprobada por el Parlamento de la Unión Europea, CJI/RES.150 (LXXIII-0/08)», en Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General, 2008.

OEA. CIDH (2013): *El Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*.

- OIM

OIM (2015): *Informe sobre las migraciones en el mundo*.

- UE

UE. Fra et al. (2015): *Manual de legislación europea sobre derechos del niño*.

- UE. Fra (2015): *La tutela de menores privados de cuidados parentales. Un manual para reforzar los sistemas de tutela para satisfacer las necesidades específicas de los menores que son víctimas de la trata de seres humanos*.
- UE. Fra (2018): *Sistemas de tutela para los menores privados de cuidados parentales en la Unión Europea*.
- UE. Easo (2018): *Guidance on reception conditions for unaccompanied children: operational standards and indicators*.
- UE. European Migration Network (2017): *Ad-Hoc Query on Return of unaccompanied minors. Requested by FI EMN NCP on 3rd March 2017, Return. Responses from Austria, Belgium, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Estonia, Finland, France, Germany, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Netherlands, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom, Norway (24 in total)*.
- UE. Comisión Europea (2017): Nota de prensa de fecha de 12 de abril de 2017, «Protección de todos los niños migrantes: la Comisión destaca las medidas prioritarias». Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-906_es.htm[consultado a 4 de marzo de 2019].
- UE. Eurostat (2016): «Asylum applicants considered to be unaccompanied minors Almost 90 000 unaccompanied minors among asylum seekers registered in the EU in 2015. Slightly more than half are Afghans» (pressrealise). Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7244677/3-02052016-AP-EN.pdf>[consultado a 16 de febrero de 2021].
- UE. Eurostat (2019): «Asylum applicants considered to be unaccompanied minors-annual data». Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tps00194> [consultado a 7 de enero de 2019].

De órganos e instituciones de Estados

- Dinamarca

Dinamarca. Ministry of immigration and integration. The danish immigration service (2017): *Morocco. Situation of Unaccompanied Children* (Report based on interviews in Morocco).

- El Salvador

El Salvador. Instituto Nacional de Juventud (2013): *Política Nacional de Juventud (2010-2024)*.

El Salvador. Dygestic (2014): *Avances y cumplimientos en los derechos de las niñas, niños y adolescentes*.

- EE. UU.

USCI. Citizenship and Immigration (2017): *Consideration of Deferred Action for Childhood Arrivals, by Fiscal Year, Quarter, Intake, Biometrics and Case Status Fiscal Year*

2012-2017. Disponible en: https://www.uscis.gov/sites/default/files/USCIS/Resources/Reports%20and%20Studies/Immigration%20Forms%20Data/All%20Form%20Types/DACA/daca_performancedata_fy2017_qtr2.pdf [consultado a 4 de marzo de 2019].

- España

España. Defensor del Pueblo (2016): *Recomendación 28 de diciembre 2016. Menores extranjeros no acompañados. Autorización para trabajar en las tarjetas de identidad de menores extranjeros no acompañados, mayores de 16 años.*

España. Defensor del Pueblo (2017a): *Presunción de minoría de edad para solicitantes de asilo. Aplicar la presunción de minoría de edad en aeropuertos a solicitantes de protección internacional cuya minoría de edad pueda ser dudosa* (Recomendación dirigida al Ministerio de Justicia y Ministerio Fiscal de fecha 12/07/2017).

España. Defensor del Pueblo (2017b): *Protección de menores extranjeros, posibles víctimas de trata. Conclusiones de la jornada sobre mejoras en la protección de menores extranjeros que llegan acompañados a Andalucía.*

España. Defensor del Pueblo (2017c). *Informes anuales 2001-2016. Extractos de los informes en lo que se refiere a: «menores extranjeros no acompañados».*

España. Defensor del Pueblo. (2018): *Los niños y los adolescentes en el Informe anual del Defensor del Pueblo 2017.*

España. Fiscal General del Estado (2017): *Memoria actividad del Ministerio Fiscal.*

España. Fiscal General del Estado (2018): *Memoria actividad del Ministerio Fiscal.*

España. Injuve (2016): *Informe Juventud en España 2016.*

España. Observatorio de la infancia en Andalucía (2018): *Menores de edad en Andalucía. Datos cuantitativos. Informe 2017.*

España. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2017): *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia*, núm. 19.

- Suiza

Suiza. Service Social International (2017): *Manuel de prise en charge des mineur-e-s non accompagné-e-s en Suisse. Guide pratique à l'usage des professionnel-le-s.* Disponible en: https://www.ssi-suisse.org/sites/default/files/2017-07/MANUEL_FR_WEB.pdf [consultado a 16 de febrero de 2021].

NORMAS

- Consejo de Europa-

Consejo de Europa. Congreso de autoridades locales y regionales (2018): «Unaccompanied refugee children: the role and responsibilities of local and regional authorities», Resolución núm. 428 de 28 de marzo, CG34(2018)13 final.

Consejo de Europa (2017): '*Guarantees for those with special needs*'. Asile. 5939/17.
El Salvador. Decreto núm. 38 por el que se aprueba la Constitución (DO 234, tomo 281, 16/12/1983).

- El Salvador

El Salvador. Decreto núm. 487 (1990) por el que se aprueba la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (DO núm. 307, de fecha de 09/05/1990).

El Salvador. Decreto Legislativo núm. 918 sobre Ley para la Determinación de la Condición de Personas Refugiadas (DO núm. 148, tomo núm. 356, de 14/08/2002).

El Salvador. Decreto núm. 79 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas (DO núm. 165, tomo 368, de fecha 07/09/2005).

El Salvador. Decreto núm. 839 por el que se aprueba la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia de 26 de marzo de 2009 (DO 68, tomo 383, 16/04/2009).

El Salvador. Decreto núm. 677 por el que se aprueba el Código de familia, de 23 de noviembre de 1993 (DO núm. 231, tomo núm. 321, de fecha 13/12/1993).

El Salvador. Decreto núm. 286, por el que se aprueba la Ley especial de migración y extranjería, de 24 de abril de 2019 (DO núm. 75, Tomo núm. 423, de 25/04/2019).

El Salvador. Decreto núm. 33, de 9 de marzo de 1959 por el cual se instrumenta el Reglamento a la Ley de Migración (DO núm. 56, tomo núm. 182, de 31/03/1959).

El Salvador. Protocolo de actuación y articulación para la atención y protección de niñas, niños, y adolescentes migrantes extranjeros de 14 de febrero de 2018. Disponible en: http://201.192.237.29/sites/default/files/otros/protocolo_dgme.pdf [consultado a 20 de octubre de 2018].

El Salvador. Decreto ejecutivo sin número por el que se aprueba el Código de procedimientos civiles salvadoreño de fecha 31/12/1881 (DO núm. 1, Tomo: 12, publicado el 01/01/1882).

- España

España. Instrucción 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migraciones por la que se habilita a trabajar a menores extranjeros en edad laboral. Disponible en: https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgje/documentos/2020/report_final_200305_Instruccion_MENAS.pdf [consultado a 14 de febrero de 2021].

España. Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la AGNU el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 213, de fecha 31 de diciembre de 1990).

España. LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE, núm. 10, de 12 de enero de 2000).

España. LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE, núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).

España. RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009 (BOE, núm. 103, de 30 de abril de 2011).

España. Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaria, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014).

España. LO 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015).

España. Protocolo marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos, 28 de octubre de 2011. Disponible en: http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Protocolo_Marco_proteccion_victimas_trata.pdf [consultado a 6 de marzo de 2019].

España. Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263, de 31/10/2009).

España. Ley 26/2018 de 21 de diciembre de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia (BOE núm. 39, de fecha 14/02/2019).

España. Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE núm. 291, de 02/12/2010).

España. Proyecto de LO de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOCG núm. 22-1, de 19/06/2020).

España. Junta de Andalucía (2016): *Tercer plan integral para la inmigración en Andalucía. Horizonte 2016. Documento técnico de seguimiento año 2015*.

España. Junta de Andalucía. Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa (BOJA núm. 20 de 16/02/2002).

España. Fiscalía General del Estado. Unidad de Extranjería. *Nota interna núm. 2/2018 sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad*.

- Honduras

Honduras. Decreto núm. 73 de 30 de mayo de 1996 por el que se aprueba el Código de niñez y adolescencia (Diario Oficial *La Gaceta* núm. 28.053, de 5 de septiembre de 1996).

Honduras. Decreto núm. 208-2003 por el que se aprueba la Ley de migración y extranjería de 31 de diciembre de 2003 (Diario Oficial *La Gaceta* 3 de marzo de 2004).

- Italia

Italia. Legge 7 aprile 2017, n. 47 Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati. (17G00062) (GU n. 93 del 21-4-2017). En vigor desde el 6 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2017-04-21&atto.codiceRedazionale=17G00062> [consultado a 19 de febrero de 2019].

- México

México. Ley de migración de 29 de abril del 2011 (DOF de 25 de mayo del 2011). México. Reglamento de migración de 27 de septiembre de 2012 (DOF de 28 de septiembre de 2012).

- ONU

ONU. AGNU. «Resolución 45-113 de la Asamblea General de la ONU, del 14 de diciembre de 1990». Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=%20A/RES/45/113&Lang=S> [consultado a 4 de marzo de 2019].

ONU. AGNU. Resolución por la que se aprueba la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, de 3 de diciembre de 1986.

ONU. Cear. (2018): *Guidelines on assessing and determining the best interests of the child*. Provisional Release.

ONU. Consejo de los derechos humanos. Resolución 12/6, A/HRC/RES/12/6, 2009.

ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, 2013.

ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 21 sobre niños de la calle, 2017.

ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 2005.

ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 4 (2003) La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño (arts. 4 y 42, y art. 44.6), 2003.

- ONU. Comité de los derechos del niño. Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 11/2017, 27 de septiembre de 2018.
- ONU. Comité de los derechos del niño. Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 12/2017, de 05/11/2018.
- ONU. Comité de los derechos del niño. Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación núm. 4/2016, de 12 de febrero de 2019.
- ONU. Comité de los derechos del niño. Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 14/2017, de 12 de febrero de 2019.
- ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado.
- ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 13 (2011) Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.
- ONU. Comité de los derechos del niño. Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.
- ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 9 (2006), Los derechos de los niños con discapacidad.
- ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General núm. 3 (2003) El VIH/SIDA y los derechos del niño.
- ONU. Comité de derechos humanos. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de El Salvador de 9 de mayo de 2018.
- ONU. Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer. Comité de los derechos del niño, Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, 2014.
- ONU. Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios. Y Comité de los derechos del niño. Observación General conjunta núm. 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, 2017.

- ONU. Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios. Y Comité de los derechos del niño. Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.
- ONU. Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios. Observación general núm. 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, 2013.
- ONU. Comité de los derechos del niño. Examen de los informes presentados por los Estados parte con arreglo al art. 8 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, Informe inicial que los Estados Parte debían presentar en 2004, El Salvador.
- ONU. Comité de los derechos del niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, 5 de marzo de 2018, 2018.
- ONU. OIT. Convenio sobre los trabajadores migrantes, núm. 97, 1949.
- UE. Comisión Europea (2010): Plan de Acción sobre los menores no acompañados 2010-2014, COM (2010) 213 final.

- Nicaragua

- Nicaragua. Ley general de migración y extranjería núm. 761, aprobada el 31 de marzo del 2011 (*La Gaceta* núm. 125 y 126 del 6 y 7 de julio del 2011).
- Nicaragua. Ley núm. 870 de 24 de junio de 2014 por la que se aprueba el Código de Familia (*La Gaceta* núm. 190 del 8 de octubre de 2014).

- OEA

- OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, 2008.

- UE

- UE. Comisión Europea (2010): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), Bruselas, 6.5.2010, COM (2010)213 final.
- UE. Comisión Europea (2017): *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Protección de los menores migrantes*.
- UE. Consejo de la UE (1997): Resolución del Consejo 97/C/221/03, de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países (DOCE, núm. C 221, de 19 de julio de 1997).

- UE. Consejo de la UE. «Declaración UE-Turquía». Disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/migratory-pressures/countries-origin-transit/eu-turkey-statement/> [consultado a 4 de marzo de 2019].
- UE. Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE núm. 251, de 3 de octubre de 2003).
- UE. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados (DOUE núm. 158 de 30 de abril de 2004).
- UE. Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (DOCE núm. 212 de 07/08/2001).
- UE. Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE L180/96 de 29/06/2013).
- UE. Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional (DOUE L180/60 de 29/06/2013).
- UE. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DOUE L 337/9 de 20/12/2011).
- UE. Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DOUE L101/1 de 15/04/2011).
- UE. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE L348/98 de 24/12/2008).
- UE. Parlamento Europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre la situación en el mar Mediterráneo y necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración (2015/2095[INI]), Situación en el mar Mediterráneo y necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración (DOUE, núm. C 58/9, de 15 de febrero de 2018).
- UE. Reglamento (UE) núm. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección

internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (DOUE L180/31 de 26/06/2013).

UE. Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 (DOUE L77/1 de 23/03/2016).

UE. Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y la sustracción internacional de menores (versión refundición) (DOUE L 178/1, de 02/07/2019).

UE. Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas (DOUE L 295/1, de 14/11/2019).

UE. Comité europeo de las regiones. Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – La protección de los menores migrantes, 2018, pp. 1-3 (DOUE C 54/76).

JURISPRUDENCIA

- Cear

Cear. (2018): *Boletín de jurisprudencia de protección internacional. Segundo semestre de 2017*.

- Consejo de Europa. TEDH

Consejo de Europa. TEDH. Case Affaire Khan c. France (Requête no 12267/16), 28 février 2019.

Consejo de Europa. TEDH. Case Affaire H.A et autres c. Grèce (Requête no 19951/16), 28 février 2019.

Consejo de Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of M. A. and Others v. Lithuania (Application n° 59793/17), 11 de diciembre de 2018.

Consejo de Europa. TEDH. Case of Mubilanzila Mayeka and Kanini Mitunga v. Belgium (Application no. 13178/03), 12 October 2006.

Consejo de Europa. TEDH. Case of Khlaifia and Others v. Italy (Application no. 16483/12), 15 December 2016.

Consejo de Europa. TEDH. Case Silidiadin vs. Francia (Application no. 73316/01), 26 July 2005.

- España

España. Fiscal General del Estado. Unidad de Extranjería (2019): *Boletín de jurisprudencia. Segundo semestre 2018*.

España. Juzgado de lo contencioso administrativo, núm. 4, Bilbao, SST. 11/2018 de 24 de enero y 13/2017 de 13 de julio.

España. Tribunal Supremo. Sala de lo contencioso, Sentencia de 9 de julio de 2018.
 España. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, Sentencia de 17 de julio del 2018, Roj: STS 2747/2018.

- OEA. CIDH

OEA. CIDH. OC-21/14, de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

OEA. CIDH. Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1999.

OEA. CIDH. Panel I, «Los desafíos de los tribunales internacionales en un mundo global» en *Seminario Internacional: Historias y perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos humanos en un mundo global*, Costa Rica, 15 y 16 de febrero de 2016.

OEA. CIDH. OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño.

OEA. CIDH. OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

OEA. CIDH. OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República oriental del Uruguay, sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

OEA. CIDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Migrantes, núm. 2.

OEA. CIDH. Caso de trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016.

OEA. CIDH. OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

OEA. CIDH. Caso comunidad indígena Yakye Aza vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005.

OEA. CIDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

OEA. CIDH. Caso familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

- UE. TJUE

UE. TJUE. Asunto C-441/19, STJUE de 14 de enero de 2021.

UE. TJUE. Asunto C-200/02, STJUE de 19 de octubre de 2004.

UE. TJUE. Asunto 52/84, STJUE de 15 de enero de 1986.

- UE. TJUE. Asunto C-550/16, STJUE de 12 de abril de 2018.
- UE. TJUE. Asunto C-34/09, STJUE de fecha 8 de marzo de 2011, Caso Ruiz-Zambrano.
- UE. TJUE. Asunto C-550/16, STJUE de 12 de abril de 2018, A y S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.
- UE. TJUE. Asunto C-353/16, STJUE de 24 de abril de 2018, Procedimiento prejudicial entre M.P. y Secretary of State for the Home Department.
- UE. TJUE. Asunto C-560/14, STJUE de 9 de febrero de 2017, Procedimiento prejudicial entre M y Minister for Justice and Equality, Irland Attorney General.
- UE. TJUE. Asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, Sentencia de 2 de diciembre de 2014, A (asunto C-148/13), B (asunto C-149/13), C (asunto C-150/13) y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.
- UE. TJUE. Asunto C-473/16, STJUE de 25 de enero de 2018, Procedimiento prejudicial entre F. y Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal.

ANEXO

Tabla 1. Clasificación de menores no acompañados y su catálogo de derechos, libertades y garantías en las directivas*

Tipología de «Menor no acompañado»	Directiva/s	Principales derechos, libertades y garantías reconocidas
Menor no acompañado ¹ , y beneficiario de protección temporal ²	Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001 ³ . Nota: mención expresa a los MENA en los arts. 2f, 13.4 y 16. El resto del articulado de la Directiva es común a todos los beneficiarios de protección temporal.	Documentación, residencia y libertad de circulación (art. 8) <i>¿Duración?</i> Durante el período de protección temporal. Educación (art. 12) Trabajo y formación profesional (art. 12) Asistencia necesaria (art. 13.4) <i>¿De qué tipo?</i> Médica; de otro tipo (Ej. Psicológica ⁴ para quienes hayan sufrido torturas, violaciones u otro tipo de formas graves de violencia moral, física o sexual). Representación (art. 16.1) <i>¿Quién puede representarlos?</i> Tutor legal; organización encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad; y otro tipo adecuado de representación. Alojamiento (art. 16.2) <i>¿Dónde y con quién?</i> Miembros adultos de su familia; familia de acogida; centros de acogida de menores; otro alojamiento con instalaciones adecuadas para menores; la persona que se ocupaba del menor en el momento de la huida ⁵ . Acceso al procedimiento de protección internacional (arts. 17-19) <i>¿Cuándo?</i> En cualquier momento. <i>¿Qué Estado miembro es responsable del análisis de la solicitud de protección internacional?</i> El EM que haya aceptado el traslado a su territorio (ej. Barco Aquarius). <i>¿Se puede acumular con el estatus de solicitante de asilo?</i> Depende del EM y su regulación interna. Retorno voluntario (art. 21) <i>¿Cuándo?</i> Una vez concluido el período de protección temporal y denegada la solicitud de asilo.

* Todas las tablas del anexo han sido elaboradas por la autora.

¹ Los MENA son, de acuerdo con el art. 2 f) de la Directiva 2001/55/CE, «los nacionales de terceros países o apátridas menores de dieciocho años que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en la medida en que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros».

² Los beneficiarios de protección temporal son aquellas personas desplazadas, nacionales de un tercer país o apátridas, que no pueden volver a su país de origen. La llegada de estas se produce de forma masiva, y tienen una alta probabilidad de acceder al estatus de refugiado. Esta protección temporal no es una excepción, ni sustituye a la protección internacional. Es un mecanismo que ayuda al sistema de asilo para que no se colapse en el caso de afluencia masiva de personas (Villar, 2017).

³ DOCE núm. 212 de 7/08/2001.

⁴ La asistencia psicológica es la principal en el estatus de MENA y solicitante de asilo.

⁵ Esta opción de alojamiento no está con el MENA y solicitante de asilo.

Tipología de «Menor no acompañado»	Directiva/s	Principales derechos, libertades y garantías reconocidas
Menor no acompañado ⁶ , y solicitante de asilo ⁷	Directiva 2013/33/UE ⁸ del Parlamento. Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 ⁹ . Reglamento 604/2013 ¹⁰ del Parlamento. Europeo y del Consejo, de 26 de junio. Nota: mención expresa a los MENA en los arts. 2 e, 11.3, 21 y 24 Directiva 2013/33/ UE; y en los arts. 2 j y k, 4.3, 6, y 8 del Reglamento 604/2013.	Documentación, residencia y libertad de circulación (arts. 6 y 7 Directiva 2013/33/UE) <i>¿Cuál es la duración del derecho de residencia?</i> Hasta que se resuelva el expediente y se conceda o se deniegue la solicitud de asilo. <i>¿Tiene plena libertad de circulación?</i> Puede ser limitada a zona geográfica o a todo el territorio, pero debe aparecer esta limitación en el documento expedido. A no ser internado (art. 11.3 Directiva 2013/33/UE) <i>¿Dónde?</i> En un centro de internamiento de extranjeros; en un centro penitenciario. Excepcionalmente se podrán internar. <i>¿Cómo?</i> Nunca junto adultos. Educación (art. 14 Directiva 2013/33/UE) Trabajo, y a la formación profesional (arts. 15 y 16 Directiva 2013/33/UE)*¹¹ Por regla general, no tienen derecho al trabajo. Excepciones: demora en la resolución de la solicitud de asilo no achacable al solicitante (deben tener acceso al mercado laboral antes de 9 meses); interposición de recurso, con efectos suspensivos, contra una decisión negativa tomada en un procedimiento ordinario, hasta la notificación de su desestimación. Sí tendrán derecho a la formación profesional con independencia de que tengan o no acceso al mercado de trabajo. Atención específica (art. 21 Directiva 2013/33/UE) En las condiciones materiales de acogida y en la atención de estos menores (arts. 22 y 23). Asistencia (art. 13.4 Directiva 2013/33/UE) <i>¿De qué tipo?</i> Psicológica: servicios de rehabilitación para víctimas de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano o degradante, y de conflictos armados.

⁶ Un MENA, de acuerdo con el art. 2 e de la Directiva 2013/33/UE, es «el menor de 18 años que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable del mismo, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, y mientras no esté efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable de él; este concepto incluye a los menores que dejan de estar acompañados después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros».

⁷ Un solicitante de asilo, de acuerdo con el art. 2 b de la Directiva 2013/33/UE, es «el nacional de un tercer país o apátrida que haya presentado una solicitud de asilo sobre la cual todavía no se haya dictado una resolución definitiva».

⁸ Sustituyó a la Directiva 2003/9/CE a partir del 21 de julio de 2015 (*Id.* art. 32 de la Directiva 2013/33/UE).

⁹ DOUE L180/96, de 29 de junio de 2013.

¹⁰ DOUE L180/31, de 29 de junio de 2013.

¹¹ El MENA y beneficiario de protección temporal siempre tenía derecho al trabajo y a la formación profesional.

Tipología de «Menor no acompañado»	Directiva/s	Principales derechos, libertades y garantías reconocidas
		<p>Representación (arts. 2 j y 24.1 Directiva 2013/33/UE; y arts. 2 k y 6 Reglamento 604/2013)</p> <p>¿Quién puede representarlos?¹² Persona u organización designada por las autoridades competentes para asistir y representar al menor en los procedimientos previstos en el Reglamento y Directiva.</p> <p>¿Quién no puede representarlos? Las organizaciones o personas cuyos intereses entren en conflicto con los intereses del MENA.</p> <p>¿Qué obligaciones tiene el representante? Ayudarlo a disfrutar de los derechos de esta Directiva; suplirlo para cumplir con sus obligaciones; asistir y representar al menor; garantizar el interés superior del menor; tener la formación adecuada y seguir recibiendo la formación adecuada para tratar con MENA¹³; y ejercer la capacidad jurídica en nombre del menor cuando fuere necesario.</p> <p>Alojamiento (art. 24.2 Directiva 2013/33/UE)</p> <p>¿Dónde y con quién? Parientes adultos; familia de acogida; centros de acogida de menores¹⁴; otros alojamientos adecuados para menores.</p> <p>Localización de su familia (art. 24.3 Directiva 2013/33/UE)</p> <p>Confidencialidad en el tratamiento, gestión y comunicación de sus datos (art. 24.4 Directiva 2013/33/UE)</p> <p>Recurso (art. 26 Directiva 2013/33/UE)</p> <p>De las decisiones negativas relativas a la concesión de los beneficios.</p>

¹² En la Directiva del año 2003 a la que sustituye esta del año 2013 aparecía quién podía ser el representante: a) tutor legal; b) organización encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad; y c) otro tipo adecuado de representación. Esta concepción amplía sobre quién puede ser el representante desaparece en la Directiva 2013/33/UE. Sin embargo, introduce la posibilidad de poder cambiar de representante, dispone quién no puede representarlo, y las obligaciones del representante con respecto a este menor.

¹³ Esta es una obligación que le corresponde a todo el personal que trate con MENA.

¹⁴ Aquí los MENA, siempre que tengan más de 16 años, sí pueden ser alojados con adultos en centros de acogida. Por el contrario, nunca pueden ser internados junto a adultos en un centro de internamiento de extranjeros o penitenciario. Desconocemos el razonamiento distinto que hace el legislador en la primera directiva y el realizado en la segunda directiva.

Tipología de «Menor no acompañado»	Directiva/s	Principales derechos, libertades y garantías reconocidas
Menor no acompañado ¹⁵ , y beneficiario de protección internacional ¹⁶	Directiva 2011/95/UE ¹⁷ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 ¹⁸ . Directiva 2013/32/ UE ¹⁹ , de 26 de junio de 2013 ²⁰ . Nota: mención expresa al MENA en el Considerando 27 y los arts. 2 l), 20.3 y 31 de la Directiva 2011/95/ UE; y los arts. 2 m y n, art. 7 apdos. 4 y 5 b, art. 25 y art. 31.7 b Directiva 2013/32/UE.	Se tendrá en cuenta en la evaluación de la protección efectiva en su país de origen si dispone, o no, de las medidas adecuadas de cuidados y tutela en su país (Considerando 27 Directiva 2011/95/UE) Atención específica (art. 20.3 Directiva 2011/95/UE) Representación (art. 31.1 Directiva 2011/95/UE, arts. 2 n y 25, apdos. 1 y 2, Directiva 2013/32/UE) <i>¿Quién puede representarlos?</i> ²¹ Tutor legal; organización encargada del cuidado y bienestar del menor; y otro tipo de representación adecuada (incluida la que fijen las disposiciones legales o una resolución judicial). Persona u organización designada por las autoridades competentes para asistir y representar al menor en los procedimientos previstos en la Directiva 2013/32/UE. <i>¿Quién no puede representarlos?</i> Organizaciones o personas cuyos intereses entren en conflicto o pudieran entrar en conflicto con los intereses del menor.

¹⁵ Un MENA, de acuerdo con el art. 2 l Directiva 2011/95/UE y art. 2 m Directiva 2013/32/UE, es el «menor que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; se incluye al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros».

¹⁶ Un beneficiario de protección internacional, de acuerdo con el art. 2 b Directiva 2011/95/UE, es «una persona a la que se ha concedido el estatuto de refugiado o el estatuto de protección subsidiaria definidos en las letras e) y g)».

¹⁷ El art. 40 de esta Directiva deroga a la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, y la sustituye a partir del 21 de diciembre de 2013.

¹⁸ DOUE L 337/9, de 20/12/2011.

¹⁹ El art. 53 de la Directiva 2013/32/UE derogó a la Directiva 2005/85/CE, y la sustituyó a partir del 21 de julio de 2015.

²⁰ DOUE L180/60, de 29/06/2013.

²¹ No se nombra representante cuando vaya a cumplir la mayoría de edad antes de que se adopte una decisión en primera instancia. Esto afectaría a los menores de edad de 17 años, quienes son más vulnerables.

Tipología de «Menor no acompañado»	Directiva/s	Principales derechos, libertades y garantías reconocidas
		<p>¿Qué obligaciones tiene el representante? 1. Presentar la solicitud de protección internacional en nombre del menor; 2. Actuar en nombre del menor y asistirlo para el disfrute de sus derechos y cumplimiento de obligaciones; 3. Garantizar el interés superior del menor; 4. Ejercer la capacidad jurídica en nombre del menor cuando fuere necesario; 5. Informar al menor sobre el significado de la entrevista personal, posibles consecuencias, y ayudarlo a prepararla; 6. Estar presente en la entrevista personal él y/o un asesor jurídico facultado o autorizado para ejercer; y 7. Tener la formación adecuada y seguir recibiendo la formación adecuada para tratar con MENA²².</p> <p>Educación (art. 27 Directiva 2011/95/UE)</p> <p>Reconocimiento de cualificaciones (art. 28 Directiva 2011/95/UE)</p> <p>Alojamiento (art. 31.3 Directiva 2011/95/UE)</p> <p>¿Dónde y con quién? Parientes adultos; familia de acogida; centros de acogida de menores; y otros alojamientos adecuados para menores.</p> <p>Localización de su familia (art. 31.5 Directiva 2011/95/UE)</p> <p>*Nota: Estos derechos y garantías son los mismos para el MENA y refugiado, y MENA y beneficiario de protección subsidiaria. A continuación, veremos los diferentes derechos de cada estatus.</p>
Menor no acompañado ²³ , y beneficiario de protección subsidiaria ²⁴	Directiva 2011/95/UE. Directiva 2013/32/UE.	<p>Residencia y renovación (art. 24.2 Directiva 2011/95/UE)</p> <p>Residencia inicial por 1 año, y renovación por 2 años.</p>

²² Esta es una obligación que le corresponde a todo el personal que trate con MENA.

²³ Un MENA, de acuerdo con el art. 2 l Directiva 2011/95/UE y art. 2 m Directiva 2013/32/UE, es el «menor que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; se incluye al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros».

²⁴ El art. 2 f Directiva 2011/95/UE define a la persona con derecho a la protección subsidiaria como «un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país». Un beneficiario de protección subsidiaria es aquel que ha accedido al estatus de protección subsidiaria.

Tipología de «Menor no acompañado»	Directiva/s	Principales derechos, libertades y garantías reconocidas
Menor no acompañado ²⁵ , y refugiado ²⁶	Directiva 2011/95/ UE. Directiva 2013/32/ UE. Directiva 2003/86/ CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 ²⁷ . Nota: mención expresa al MENA en los arts. 2 f y 10.3 de la Directiva 2003/86/CE.	Residencia y renovación (art. 24.1 Directiva 2011/95/UE) Residencia inicial por 3 años y renovación. Reagrupación familiar en el Estado de residencia (art. 10.3 de la Directiva 2003/86/CE) <i>¿Dónde?</i> En el país que le reconoce el estatus de refugiado, donde reside.

²⁵ Mismo significado que en el apartado anterior de los art. 2 l Directiva 2011/95/UE y art. 2 m Directiva 2013/32/UE. Y aquí también viene establecido en el art. 2 f Directiva 2003/86/CE.

²⁶ El art. 2 b de la Directiva 2003/86/CE, art. 2 letra g y j de la Directiva 2013/32/UE, y art. 2 letra d) y e) de la Directiva 2011/95/UE lo definen como «un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o un apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él, y al que no se aplica motivo de exclusión».

²⁷ DOUE L251/12, de 3 de octubre de 2003.

Tipología de «Menor no acompañado»	Directiva/s	Principales derechos, libertades y garantías reconocidas
Menor no acompañado ²⁸ , y víctima de trata ²⁹	Directiva 2004/81/ CE del Consejo, de 29 de abril de 2004 ³⁰ . Directiva 2011/36/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011 ³¹ . Nota: mención expresa a los MENA en los art. 2 f; art. 3.3, inciso segundo; y art. 10 c de la Directiva 2004/81/CE. Y en el Considerando núm. 23 y art. 16 de la Directiva 2011/36/UE.	Derecho (potestativo) a recibir el mismo trato que un adulto víctima de trata y residencia (art. 3.3, inciso segundo, Directiva 2004/81/CE) <i>¿Es realmente un derecho?</i> Es un derecho potestativo. Esto quiere decir que el EM a través de su regulación interna decide si le va a otorgar la residencia, o, por el contrario, solo lo identifica, localiza a su familia, y lo retorna al país de origen. Localización de su familia (art. 10 letra c Directiva 2004/81/CE) Representación (art. 10 letra c Directiva 2004/81/CE; y Considerando núm. 23 y art. 16, apdos. 3 y 4 Directiva 2011/36/UE) <i>¿Cuándo corresponde?</i> Solo en el caso de que el EM decida aplicar esta Directiva también a los menores de edad. <i>¿De qué tipo?</i> Representación jurídica. Representación en proceso penal. <i>¿Quién puede ser el representante?</i> Tutor o representante legal. <i>¿Qué obligaciones tiene?</i> Representar los intereses del menor. Atención específica (Considerando núm. 23, y art. 16.1 de la Directiva 2011/36/UE)

²⁸ El art. 2 f) de la Directiva 2004/81/CE define a los MENA como «los nacionales de terceros países menores de 18 años que lleguen al territorio del Estado miembro sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de ellos, o los menores que dejen de estar acompañados después de haber entrado en el territorio del Estado miembro».

²⁹ De acuerdo con el art. 2 letra c de la Directiva 2004/81/CE. Se entenderá por víctima de trata aquella persona que haya sido víctima en casos como los abarcados en los arts. 1, 2 y 3 de la Decisión marco 2002/629/JAI (artículos referidos a las infracciones con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual; inducción, complicidad y tentativa; y sanciones). El EM decidirá si a este MENA y víctima de trata se le otorga la protección internacional u otro tipo de estatuto con arreglo al derecho nacional (Considerando núm. 23 Directiva 2011/36/UE).

³⁰ DOUE L261/19, de 6 de agosto de 2004.

³¹ DOUE L101/1, de 15 de abril de 2011.

Tipología de «Menor no acompañado»	Directiva/s	Principales derechos, libertades y garantías reconocidas
Menor no acompañado ³² , e irregular ³³	Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 ³⁴ . Nota: mención expresa a los MENA en los arts. 3.9, 10, y 17, apdos. 1 y 4.	Asistencia específica (art. 10.1 Directiva 2008/115/CE) A que las autoridades se cercioren de ser entregado en el país de origen a las personas o instituciones debidas (art. 10.2 Directiva 2008/115/CE) ¿ <i>Quiénes son estas?</i> Un miembro de su familia. Tutor designado. Servicios de acogida adecuados. Retorno voluntario (arts. 3.3, 6 y 10 Directiva 2008/115/CE) ¿ <i>Cuándo?</i> Una vez denegada la solicitud de protección internacional y agotados los recursos.

³² La Directiva 2008/115/CE no define al MENA, pero dispone que es una persona vulnerable en su art. 3.9. Entendemos que el concepto de MENA utilizado es el mismo que se repite en todas las Directivas anteriores.

³³ Conforme con el Considerando núm. 8 de la Directiva 2008/115/CE son irregulares aquellos MENA que fueran solicitantes de asilo y que le entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo (esto es los que no se le haya concedido ninguno de los estatus de protección internacional como es el estatus de refugiado, estatus de protección subsidiaria, estatus de protección temporal). También incluiríamos como irregulares aquellos MENA y víctimas de trata que no se les otorgue el estatus de víctima de trata.

³⁴ DOUE L 348/98, de 24/12/2008.

Tabla 2. Los MENA en la legislación de protección de menores autonómica

Entidad autonómica	Regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia	¿Está adaptada a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015? ³⁵ ¿Recoge otras medidas de protección que pudieran servir a los MENA?	¿Menciona a los MENA o regula figuras específicas de protección de estos?
Andalucía	Normativa vigente: Art. 61.3 LO 2/2007, de 19 de marzo (competencia exclusiva protección de menores) ³⁶ . Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor ³⁷ .	No.	No menciona a los MENA ni regula figuras específicas de protección para estos menores.
	Proyecto de ley: Proyecto de Ley de Infancia y Adolescencia de Andalucía, de 14 de julio de 2017 ³⁸ .	Sí. Entre los indicios que nos conducen a realizar la anterior afirmación están los siguientes: distingue entre situación de riesgo y desamparo; y recoge la guarda provisional (art. 87) y la «situación de guarda de hecho» (art. 88.3).	Sí. Menciona expresamente a los MENA (art. 124). No regula ninguna medida de tutela o representación específica para MENA.

³⁵ Las figuras de protección cautelar de todos los menores en situación de desamparo que pudiéramos contemplar específicamente para los MENA son: guarda provisional (art. 14 LOPJM y art. 172.4 Cciv), defensor judicial (art. 299 Cciv y arts. 2.5 c y 10.2 e LOPJM) y guardador de hecho (art. 303 Cciv).

³⁶ LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE núm. 68, de 20/03/2007).

³⁷ BOE núm. 150, de 24 de junio de 1998.

³⁸ Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/07/Texto%20ProyLey%20%20Infancia%20Adoles%20And%20aprobado%20CG%2001.12.20.pdf [consultado a 15 de febrero de 2021].

Entidad autonómica	Regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia	¿Está adaptada a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015 ? ¿Recoge otras medidas de protección que pudieran servir a los MENA?	¿Menciona a los MENA o regula figuras específicas de protección de estos?
Aragón	<p>Normativa vigente:</p> <p>Art. 71, ordinal 39, LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (competencia exclusiva protección de menores)³⁹.</p> <p>Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón⁴⁰.</p>	<p>La Ley 5/2016, de 2 de junio⁴¹ ha modificado la Ley 12/2001 para adaptarla a la reforma del sistema estatal de protección de la infancia y adolescencia del año 2015.</p> <p>Nos parecen interesantes las siguientes medidas: Acogimiento provisional (art. 73 Ley 12/2001)⁴²; Promoción del nombramiento de un tutor (art. 63 Ley 12/2001); y Declaración provisional de la situación de desamparo y asunción de la tutela ex lege (art. 60.2 Ley 12/2001)⁴³.</p>	<p>No menciona ni regula figuras específicas para ellos. No obstante, consideramos clave para la protección provisional y urgente de los MENA las 3 medidas mencionadas en el apartado anterior (acogimiento provisional, promoción del nombramiento de un tutor, y declaración provisional de la situación de desamparo y asunción de la tutela).</p>

³⁹ LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (BOE núm. 47, de 23 de abril de 2007).

⁴⁰ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2001.

⁴¹ BOE núm. 156, de 29 de junio de 2016.

⁴² Pensamos que este acogimiento provisional es similar a la «situación de guarda de hecho» del anteproyecto de ley andaluza.

⁴³ Art. 60.2 Ley 12/2001: «En los casos en que exista un grave riesgo para el menor o cualquier otra causa que exija una intervención inmediata, se declarará provisionalmente la situación de desamparo y la entidad pública asumirá su tutela, adoptando cuantas medidas sean necesarias para asegurar su asistencia. Adoptadas dichas medidas, deberá iniciarse o proseguirse la tramitación del procedimiento». Este artículo obligaría a la declaración de desamparo provisional del MENA y asunción de su tutela por la administración pública aragonesa desde la llegada del MENA si se alega causa que necesita intervención inmediata.

Entidad autonómica	Regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia	¿Está adaptada a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015 ? ¿Recoge otras medidas de protección que pudieran servir a los MENA?	¿Menciona a los MENA o regula figuras específicas de protección de estos?
Asturias	Normativa vigente: Art. 10, ordinal 25, LO 7/1981, de 30 de diciembre (competencia exclusiva protección de menores) ⁴⁴ . Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor ⁴⁵ .	No.	No menciona ni regula medidas específicas para los MENA.
	Anteproyecto de ley: Anteproyecto de ley de garantía de derechos y protección a las personas menores de edad del Principado de Asturias de 2018 ⁴⁶ .	No se ha podido consultar.	No se ha podido consultar.

⁴⁴ LO 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias (BOE núm. 9, de 11 de enero de 1982).

⁴⁵ BOE núm. 94, de 20/04/1995.

⁴⁶ No está disponible el anteproyecto online para analizarla. Información disponible en: http://www.asturias-participa.es/?consulta_previa=anteproyecto-de-ley-de-garantia-de-derechos-y-proteccion-a-las-personas-menores-de-edad-del-principado-de-asturias# [consultado a 18 de abril de 2019].

Entidad autonómica	Regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia	¿Está adaptada a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015 ? ¿Recoge otras medidas de protección que pudieran servir a los MENA?	¿Menciona a los MENA o regula figuras específicas de protección de estos?
Baleares	<p>Normativa vigente:</p> <p>Art. 30, ordinal 39, LO 1/2007, de 28 de febrero (competencia exclusiva protección de menores)⁴⁷.</p> <p>Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears⁴⁸.</p>	<p>Sí.</p> <p>Nos parecen interesantes las siguientes medidas: Trámite urgente para dictar resolución de guarda provisional o declaración de desamparo y asunción de tutela cautelar (art. 135.1); Promoción del nombramiento de un tutor ordinario que tenga relación con el menor (art. 135.2); y Guarda de hecho (art. 140).</p>	<p>Sí. Se refiere a los MENA como «personas menores de edad extranjeras no acompañadas» (art. 102)⁴⁹.</p> <p>No regula figuras específicas de protección para los MENA. Consideramos que, para estos menores, por razón de su mayor vulnerabilidad, deberían regularse como medidas cautelares obligatorias las 3 mencionadas en la columna anterior.</p>

⁴⁷ LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2007).

⁴⁸ Ahora mismo en *vacatio legis*. Entra en vigor el 28 de mayo de 2019. Por ese motivo, la analizamos como si fuera ya la norma especial vigente (BOE núm. 89, de 13 de abril de 2019).

⁴⁹ En el art. 102.3 Ley 9/2019 se concede la primacía a la legislación estatal de extranjería sobre la autonómica de protección de menores al disponer: «Cuando la entidad pública asuma la tutela de una persona menor de edad extranjera no acompañada que se encuentre en la comunidad autónoma de las Illes Balears, una vez acreditada la imposibilidad de retorno junto a su familia o al país de origen, debe instar a las autoridades competentes, con la máxima celeridad, la autorización del permiso de residencia correspondiente, por lo que tiene que emitir el correspondiente certificado de tutela y gestionar la obtención del resto de documentación acreditativa de su situación, según lo que dispone la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración». En este artículo se da a entender que no se asigna tutor o representante de la entidad autonómica al MENA en tres procedimientos clave para la protección de los derechos humanos de estos menores migrantes: procedimiento de determinación de edad, procedimiento de retorno junto a su familia o al país de origen, procedimiento de acceso al asilo o la condición de víctima de trata.

Entidad autonómica	Regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia	¿Está adaptada a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015 ? ¿Recoge otras medidas de protección que pudieran servir a los MENA?	¿Menciona a los MENA o regula figuras específicas de protección de estos?
Canarias	<p>Normativa vigente:</p> <p>Art. 147.2 LO 1/2018, de 5 noviembre (competencia exclusiva protección de menores)⁵⁰.</p> <p>Art. 144, apdo. 1, letra d, LO 1/2018 (marco de referencia acogida e integración MENA)⁵¹.</p> <p>Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores⁵².</p> <p>Decreto ley 23/2020, de 23 de diciembre, por el que se modifica la normativa de atención a la infancia para adaptar los centros de atención inmediata como dispositivos de emergencia para el acogimiento de MENA.</p>	Aún no.	<p>El Estatuto de autonomía sí menciona a los MENA, en lo relativo al marco referencial de acogida e integración (art. 144.1, letra d LO 1/2018).</p> <p>La Ley autonómica vigente de protección de menores no menciona a los MENA ni adopta medidas específicas para ellos.</p> <p>En el Decreto ley 23/2020 que modifica la ley de protección de menores regula el derecho a la atención inmediata, aun en el caso de menores con edad dudosa (art. 53.2), y la autorización a empresas colaboradoras para gestionar centros de atención inmediata provisionales (Disposición adicional única).</p>
	<p>Proyecto de ley:</p> <p>Proyecto de Ley de modificación de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, de 28 de diciembre de 2018⁵³.</p>	<p>Sí. Nos parecen interesantes las siguientes medidas: 6 meses como plazo máximo para dictar resolución de desamparo (art. 49.1); Guarda provisional (arts. 48.4 y 51); Promoción de la tutela ordinaria (art. 55); Selección de personas acogedoras y preferencia del guardador de hecho (art. 61); Programas de preparación para la vida independiente menores de 16 y 17 años (DA 1ª); y Programas y recursos para MENA ex tutelados (art. 4.6).</p>	<p>Sí, los menciona en el art. 4 del Proyecto de Ley, el cual regula los principios rectores de la actuación administrativa.</p> <p>No se le da primacía a la legislación estatal de extranjería. La declaración de desamparo puede ser revocada (art. 49.5).</p>

⁵⁰ LO 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias (BOE núm. 268, de 06/11/2018).

⁵¹ Art. 144.1, letra d, LO 1/2018: «Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en materia de inmigración, sin perjuicio de las competencias constitucionalmente atribuidas al Estado sobre la materia, el establecimiento, de acuerdo con la normativa estatal, de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigrantes, incluidos los menores extranjeros no acompañados».

⁵² BOE núm. 63, de 14/03/1997.

⁵³ Esta reforma lo cambia todo (BOPC, núm. 19, de 11/01/2019).

Entidad autonómica	Regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia	¿Está adaptada a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015 ? ¿Recoge otras medidas de protección que pudieran servir a los MENA?	¿Menciona a los MENA o regula figuras específicas de protección de estos?
Cantabria	<p>Normativa vigente:</p> <p>Art. 24, ordinal 23, LO 8/1981, de 30 de diciembre⁵⁴.</p> <p>Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia (modificada por las Leyes autonómicas 7/2014, 6/2015, 2/2017 y 11/2018)⁵⁵.</p>	<p>Sí.</p> <p>Nos parecen interesantes las siguientes medidas: Medidas cautelares o provisionales (art. 65.1, letra d), y cese medidas (art. 66.5); Entidades colaboradoras de protección (art. 104); Personas acogedoras de hecho (art. 75.7); Programa de estancia temporal específico para MENA (art. 95.1); Servicios sociales de atención especializada (art. 96.2); y Tutela ex lege cuando el MENA esté «en situación de desprotección grave que implique desamparo» (art. 96.3).</p>	<p>Sí, menciona a los MENA bajo la nomenclatura «personas menores extranjeras no acompañadas» (arts. 93, letra c, 95.1 y 96).</p> <p>La entidad autonómica asume la tutela y dicta resolución de guarda provisional o de desamparo (art. 96.3).</p> <p>*Aquí prima la legislación autonómica de protección de menores y no la estatal de extranjería.</p>
Castilla la Mancha	<p>Normativa vigente:</p> <p>Art. 31, ordinal 31, LO 9/1982, de 10 de agosto⁵⁶.</p> <p>Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha (modificada por la ley autonómica 4/2018)⁵⁷.</p>	<p>En parte. No tiene regulada la declaración de guarda provisional.</p> <p>Nos parecen interesantes las siguientes medidas: Medidas cautelares (art. 55); y Guardador de hecho y promoción de la tutela ordinaria (art. 42.2).</p>	<p>No menciona a los MENA, pero sí a los «menores extranjeros» (arts. 17.2 y 41.2).</p> <p>No regula medidas específicas de protección para los MENA.</p>

⁵⁴ LO 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria (BOE núm. 9, de 11/01/1982).

⁵⁵ BOE núm. 19, de 22/01/2011.

⁵⁶ LO 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (BOE núm. 195, de 16/08/1982).

⁵⁷ BOE núm. 42, de 18/02/2015.

Entidad autonómica	Regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia	¿Está adaptada a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015 ? ¿Recoge otras medidas de protección que pudieran servir a los MENA?	¿Menciona a los MENA o regula figuras específicas de protección de estos?
Castilla y León	Normativa vigente: Art.70,ordinal 10,LO 14/2007, de 30 de noviembre ⁵⁸ . Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León ⁵⁹ .	No, no recoge ninguna de las medidas de la reforma estatal.	No.
Cataluña	Normativa vigente: Art. 166.3, letra a, LO 6/2006, de 19 de julio ⁶⁰ . Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia ⁶¹ .	No.No recoge ni la guarda provisional ni la guarda de hecho. Nos parecen interesantes las medidas siguientes: Servicios y programas de acogida e integración social (art. 43.1); y Atención inmediata en el procedimiento de determinación de edad (art. 110.2) ⁶² .	Sí, menciona a los MENA bajo la nomenclatura «niños y adolescentes inmigrados no acompañados» (art. 110.2), y «niños y adolescentes inmigrados sin referentes familiares» (art. 43.2).

⁵⁸ LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (BOE núm. 288, de 01/12/2007).

⁵⁹ BOE núm. 197, de 17/08/2002.

⁶⁰ LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, de 20/07/2006).

⁶¹ BOE núm. 156, de 28/06/2010.

⁶² Art. 110.2 Ley 14/2010: «Cuando los niños y adolescentes inmigrados no acompañados no puedan acreditar documentalmente la minoría de edad o existan dudas sobre la veracidad de la documentación aportada, el departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes debe ofrecerles la atención inmediata que necesiten mientras se realizan las gestiones y los trámites establecidos por la legislación sobre extranjería para determinar su edad».

Entidad autonómica	Regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia	¿Está adaptada a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015 ? ¿Recoge otras medidas de protección que pudieran servir a los MENA?	¿Menciona a los MENA o regula figuras específicas de protección de estos?
Ceuta	<p>Normativa vigente:</p> <p>LO 15/1995, de 13 de marzo.</p> <p>(No tiene asignada la competencia exclusiva en protección de menores).</p> <p>No tiene ley autonómica.</p> <p>Tiene potestad reglamentaria para desarrollar la legislación estatal (DF 16 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).</p>	<p>Utiliza la legislación estatal. Con posibilidad de desarrollo reglamentario.</p>	<p>Legislación estatal. Con posibilidad de desarrollo reglamentario.</p>
Comunidad Valenciana	<p>Normativa vigente:</p> <p>Art. 49, ordinal 27, LO 5/1982, de 1 de julio⁶³.</p> <p>Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia⁶⁴.</p>	<p>Sí. Recoge la guarda provisoria (art. 113) y la guarda de hecho (art. 104.2).</p> <p>Nos parecen interesantes las medidas específicas de protección de los menores no acompañados que incorpora: Protocolo de atención específico en la exploración médica (art. 58.3 c); Acceso prioritario a los recursos (art. 123.1); e Identificación e inscripción en el registro en dependencias separadas de los adultos (art. 123.2).</p>	<p>Sí, bajo la nomenclatura «personas menores de edad extranjeras no acompañadas» (art. 123).</p> <p>No establece una figura específica de tutela o representación para el MENA desde su llegada, pero sí regula como medidas de protección específicas para estos menores las tres mencionadas en la columna anterior.</p>

⁶³ LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOE núm. 164, de 10/07/1982).

⁶⁴ BOE núm. 39, de 14/02/2019.

Entidad autonómica	Regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia	¿Está adaptada a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015 ? ¿Recoge otras medidas de protección que pudieran servir a los MENA?	¿Menciona a los MENA o regula figuras específicas de protección de estos?
Extremadura	Normativa vigente: Art. 9, ordinal 26, LO 1/2011, de 28 de enero ⁶⁵ . Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores ⁶⁶ .	No.	No.
Galicia	Normativa vigente: LO 1/1981, de 6 de abril. (No tiene asignada la competencia en protección de menores). No tiene ley autonómica. No se le ha previsto de potestad reglamentaria como sucede en el caso de Ceuta y Melilla. UNICEF denuncia la falta de ley autonómica y su necesidad.	Utiliza legislación estatal.	Utiliza legislación estatal.

⁶⁵ LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE núm. 25, de 29/01/2011).

⁶⁶ BOE núm. 309, de 27 de diciembre de 1994.

Entidad autonómica	Regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia	¿Está adaptada a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015 ? ¿Recoge otras medidas de protección que pudieran servir a los MENA?	¿Menciona a los MENA o regula figuras específicas de protección de estos?
La Rioja	Normativa vigente: Art. 8, ordinal 32, LO 3/1982, de 9 de junio ⁶⁷ . Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja (modificada por las leyes autonómicas 6/2015 y 3/2017) ⁶⁸ .	Sí. Nos parecen interesantes las medidas siguientes: Promoción de tutela ordinaria y guardador de hecho (art. 61.2); y Guarda provisional (art. 34.3, inciso tercero).	Sí. Se refiere a ellos como menores extranjeros no acompañados (DA 2ª Ley 1/2006) ⁶⁹ .
	Proyecto de ley: Proyecto de Ley de Protección de Menores de La Rioja, de 28 de mayo de 2018 ⁷⁰ .	Sí. Genera incluso nuevas medidas para los MENA. Incluso separa como categorías jurídicas distintas a los MENA de las víctimas de trata de los menores con necesidades de protección internacional (art. 19.2 a). Las nuevas medidas de protección de los MENA son: Promoción de acciones y medidas para la integración en la sociedad y el ejercicio de sus derechos (art. 19.2 a). Asistencia inmediata y asunción de la guarda provisional para representar al menor en todos los trámites del art. 35 LOEx (art. 75.3 ⁷¹).	Los sigue mencionando. Regula la representación del MENA en todos los trámites del art. 35 LOEx (art. 75.3).

⁶⁷ LO 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (BOE núm. 146, de 19/06/1982).

⁶⁸ BOE núm. 70, de 23/03/2006.

⁶⁹ La Disposición Adicional 2ª de la Ley 1/2006 regula el derecho a la atención inmediata de menores extranjeros indocumentados y con edad dubitativa. Son asistidos en el procedimiento de determinación de la edad.

⁷⁰ Disponible en: <https://www.parlamento-larioja.org/actividad-parlamentaria/iniciativas/pl/9l-pl-0016> [consultado a 19 de abril de 2019].

⁷¹ Art. 75.3 Proyecto de Ley: «Si el menor abandonado o no acompañado fuera extranjero, tras prestarles la asistencia inmediata que precise asumiendo su guarda provisional, se tomarán las medidas que sean procedentes con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35 de la LOEx 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social».

Entidad autonómica	Regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia	¿Está adaptada a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015 ? ¿Recoge otras medidas de protección que pudieran servir a los MENA?	¿Menciona a los MENA o regula figuras específicas de protección de estos?
Madrid	Normativa vigente: Art. 26.1, ordinal 24, LO 3/1983, de 25 de febrero ⁷² . Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid (modificada por las leyes autonómicas 18/1999, 5/2000, 2/2001, 5/2002, 5/2005) ⁷³ .	No. Ni siquiera hay un proyecto de ley para adaptarse a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015. No obstante, sí hay debate sobre la necesidad de reforma del sistema de tutela en la Asamblea de Madrid ⁷⁴ .	No.
Melilla	Normativa vigente: LO 2/1995, de 13 de marzo. ⁷⁵ (No tiene asignada la competencia en protección de menores). No tiene ley autonómica. Tiene potestad reglamentaria para desarrollar la legislación estatal (DF 16 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) ⁷⁶ .	Utiliza la legislación estatal. Con posibilidad de desarrollo reglamentario.	Utiliza la legislación estatal. Con posibilidad de desarrollo reglamentario.

⁷² LO 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 51, de 01/03/1983).

⁷³ BOE núm. 183, de 02/08/1995.

⁷⁴ BOAM, núm. 161, de 23/01/2018. Disponible en: https://www.asambleamadrid.es/BOAM/BOAM_10_00161.pdf [consultado a 19 de abril de 2019].

⁷⁵ LO 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla (BOE núm. 62, de 14/03/1995).

⁷⁶ DF 16 Ley 26/2015: «De conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero de la disposición adicional cuarta de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, las Ciudades de Ceuta y Melilla, en ejercicio de su potestad reglamentaria, podrán desarrollar el contenido de la presente ley de acuerdo con los criterios y circunstancias en ella contenidos, al objeto de ajustarlo a las condiciones particulares de éstas, en desarrollo de su capacidad reglamentaria y dentro del alcance de la misma» (BOE núm. 180, de 29/07/2015).

Entidad autonómica	Regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia	¿Está adaptada a las leyes estatales 26/2015 y 8/2015 ? ¿Recoge otras medidas de protección que pudieran servir a los MENA?	¿Menciona a los MENA o regula figuras específicas de protección de estos?
Murcia	Normativa vigente: Art. 10.1, ordinal 18, LO 4/1982, de 9 de junio ⁷⁷ . Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia ⁷⁸ .	No.	No.
Navarra	Normativa vigente: Art. 44, apdo. 23, LO 13/1982, de 10 de agosto. Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (modificada por la Ley foral 13/2013. Art. 74 f derogado por la Ley Foral 21/2019).	No.	Recogidos bajo la nomenclatura de «menores extranjeros» (art. 27.3 Ley 15/2005) y «niños, niñas y adolescentes inmigrantes» (art. 32.2 g Ley 15/2005).
País Vasco	Normativa vigente: Art. 10, apdo. 14, LO 3/1979, de 18 de diciembre ⁷⁹ . Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia ⁸⁰ . Anteproyecto de ley: Hay un proyecto de ley para adaptarla al que no hemos tenido acceso ⁸¹ .	No. Aún no lo sabemos, porque no está disponible.	No. Aún no lo sabemos, porque no está disponible para consultar online.

Legislaciones autonómicas más proclives a la protección de los MENA desde su llegada: Canarias y La Rioja.

⁷⁷ LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (BOE núm. 146, de 19/06/1982).

⁷⁸ BOE núm. 131, de 02/06/1995.

⁷⁹ LO 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (BOE núm. 306, de 22/12/1979).

⁸⁰ BOE núm. 274, de 14/11/2011.

⁸¹ Información disponible en: <http://www.euskadi.eus/proyecto-ley/14-ley-de-modificacion-de-la-ley-32005-de-atencion-y-proteccion-a-la-infancia-y-la-adolescencia/web01-s2enple/es/> [consultado a 19 de abril de 2019].